

ACTAS DEL II CONGRESO INTERNACIONAL ON LINE
DE ARBITRAJE, CONSTRUCCIÓN, DISPUTE BOARDS,
ABASTECIMIENTO Y COMPLIANCE - 2021 DE LA
ASOCIACIÓN ZAMBRANO
(SEGUNDA PARTE)

Volumen 102 Biblioteca de Arbitraje del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Actas del II Congreso
Internacional on line de Arbitraje,
Construcción, Dispute Boards,
Abastecimiento y Compliance -
2021 de la Asociación Zambrano
(Segunda Parte)**



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**ACTAS DEL II CONGRESO INTERNACIONAL ON LINE DE ARBITRAJE,
CONSTRUCCIÓN, DISPUTE BOARDS, ABASTECIMIENTO Y
COMPLIANCE - 2021 DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO (SEGUNDA PARTE)**

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© ASOCIACIÓN ZAMBRANO
Jr. Cuba I-12-B, oficina 301, Urb. Quispicanchis - Cusco
Telfs. (51) 84-243878
<http://www.asociacionzambrano.pe>

Primera edición, febrero 2023
Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2023-01760

ISBN: 978-612-4400-55-1
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Nota del editor 11

Actas del II Congreso Internacional *on line* de Arbitraje, Construcción, *Dispute boards*, Abastecimiento y *Compliance* - 2021 de la Asociación Zambrano

Día 3

Construcción, junta de resolución de disputas y *compliance*

Panel I: Construcción, jurisdicción y contratos 13

Cuestiones jurisdiccionales en arbitrajes de construcción

José Feris

El impacto del cambio climático en la brecha de infraestructura

Eric Franco Regio

Panorama actual del arbitraje en materia de construcción

Giussepí Vera

Contratos colaborativos en obra pública: ¿mito o realidad?

Alex Campos

La garantía de fiel cumplimiento y el costo de las oportunidades perdidas por el
congelamiento de las líneas de crédito

Ricardo Gandolfo Cortés

Las pericias de oficio en los arbitrajes

María Eliana Rivarola Rodríguez

Panel II: Junta de resolución de disputas 39

Perfil y habilidades del adjudicador

César Guzmán-Barrón Sobrevilla

Luces y sombras en la junta de resolución de disputas en la normativa de contrataciones
con el Estado

Briana Canorio Calderón

Problemática actual de las junta de resolución de disputas y propuestas

Carlos López Avilés

De JRD facultativa a obligatoria: un nuevo enfoque de gestión de disputas
en los contratos de obra pública

María del Carmen Padilla

Elementos clave de las JRD y su administración

Marco Gálvez Díaz

Las tres herramientas determinantes que tiene las JRD para un proyecto exitoso
Ahmed Manyari Zea

Presentación del volumen 85 - Actas del I Congreso Virtual de Arbitraje, Abastecimiento y Construcción de la Asociación Zambrano Cusco 2020 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre 63

Mario Castillo Freyre
Hugo Sologuren Calmet
César Guzmán-Barrón Sobrevilla
Gonzalo García Calderón

Día 4
Abastecimiento público y *compliance*

Arbitraje, recursos estratégicos, abastecimiento e historia 71
Martín Hernando Romero Pacheco

Panel I: El impacto del abastecimiento público en la sociedad 71

Compliance en la contratación pública y la implementación del programa de habilitadores ciudadanos
Igor Morales

El *compliance* en el ejercicio de la actividad minera
Gabriela Jáuregui Morán

Sistema Nacional de Abastecimiento y la contratación pública en el Perú
Ricardo Salazar Chávez

Planificación de compras públicas en Brasil y la futura nueva Ley de Licitaciones
Eduardo dos Santos de Guimarães

El errático camino del *compliance* en el sector público peruano
Juan José Martínez Ortiz

La relación entidad-contratista y las buenas prácticas de gestión contractual
Gustavo Bayona MacPherson

Panel II: Solución de controversias mediante arbitraje con el Estado 97

Controversias y obligación de motivación en la cuantificación de costos covid en los contratos bajo la Ley n.º 30225
Hugo Sologuren Calmett

Problemática del plazo de caducidad en el inicio de las actuaciones arbitrales
José Antonio Sánchez Moreno

Sistemas administrativos del Estado y el Sistema Nacional de Abastecimiento, mejoras desde el arbitraje
Gustavo de Vinatea

Responsabilidad del Estado por casos de corrupción en arbitraje internacional de inversión
Yurica Ramos Montes

Panel III: Defensa y ejercicio del Estado peruano 113

La defensa del Estado en materia arbitral en tiempos de la COVID-19
David Ortiz Gaspar

Control gubernamental en los tiempos de la COVID-19
Fabrizio González Herrera

Día 5
Centros de arbitraje y *compliance*

Panel I
Ponencia principal: Mejorando la eficiencia de los arbitrajes complejos. Modificaciones al Reglamento de la ICC de 2021 137

Katherine González Arrocha

Panel II
Conversatorio: Centros de arbitraje en el Perú y *compliance* 153

Marianella Ventura Silva (moderadora)

Compliance, instituciones y centros de arbitraje
Silvia Rodríguez Vásquez

Centros de arbitraje y las buenas prácticas
Rocío Cano Guerinoni

Centros de arbitraje y *compliance*
María Alejandra Paz Hoyle

Lavado de activos a través del arbitraje y la responsabilidad de los árbitros y las instituciones
Miguel Ángel Pastor

Diferencias en la constitución y administración entre los centros de arbitraje y los centros de conciliación
Karina ZambranoBlanco

Panel III
Conferencia magistral de vida: ¿Cómo se forma un centro de arbitraje? 175

César Guzmán-Barrón Sobrevilla

NOTA DEL EDITOR

Con todo agrado, publicamos el volumen 102 de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*, el mismo que constituye la segunda parte de las *Actas del II Congreso Internacional on line de Arbitraje, Construcción, Dispute Boards, Abastecimiento y Compliance - 2021 de la Asociación Zambrano*.

Va, con esta publicación, el reiterado compromiso con nuestra amiga, la doctora Karina Zambrano Blanco, y con la excelente labor de difusión que realiza del arbitraje y demás medios e instituciones de utilidad para la solución de controversias.

Nuestro agradecimiento a ella y a todos los participantes del evento.

Lima, marzo del 2022
Mario Castillo Freyre*
Director

* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de Número y del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; presidente electo de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (AIDDP) para el periodo 2022-2023; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. <www.castillofreyre.com>.

**ACTAS DEL II CONGRESO INTERNACIONAL
ON LINE DE ARBITRAJE, CONSTRUCCIÓN,
DISPUTE BOARDS, ABASTECIMIENTO
Y COMPLIANCE - 2021 DE LA
ASOCIACIÓN ZAMBRANO**

DÍA 3

CONSTRUCCIÓN, JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS Y COMPLIANCE

PANEL I: CONSTRUCCIÓN, JURISDICCIÓN Y CONTRATOS

Cuestiones jurisdiccionales en arbitrajes de construcción

*José Feris*¹

El impacto del cambio climático en la brecha de infraestructura

*Eric Franco Regjo*²

Panorama actual del arbitraje en materia de construcción

*Giussepi Vera*³

Contratos colaborativos en obra pública: ¿mito o realidad?

*Alex Campos*⁴

¹ Licenciado en Derecho *magna cum laude* por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Realizó un MBA en estudios legales internacionales en The, New York University. Está identificado por *Who's Who Legal* como máster del arbitraje internacional y líder de pensamiento de la comunidad de arbitraje internacional. Profesor de Arbitraje Internacional en SciencesPo Law School en París. Es vicepresidente de la Comisión de Arbitraje y ADR del International Chamber of Commerce - ICC. Vicepresidente de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje, ALARB. Miembro de la Corte Americana de Arbitraje, Amcham Perú y del Consejo Directivo de la Cámara de Arbitragem Empresarial Brasil, Camarb, entre otros roles institucionales.

² Ha trabajado en proyectos y controversias de ingeniería y construcción en América Latina, Europa y Asia como abogado interno de empresas, como abogado externo y como árbitro. Actualmente, es *global expert* en materia de disputas del Grupo Engie y gerente legal en Engie Energía Perú. Es profesor en temas de prevención y resolución de conflictos y derecho de la construcción en Perú, Chile y Reino Unido. Posee una maestría en Derecho de la Construcción y Resolución de Conflictos por el King's College of London. Es considerado un árbitro distinguido por Arbitrator Intelligence y un árbitro altamente recomendado por Leaders' League. Es colider de uno de los grupos de trabajo del *task force* de arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional, y también ha sido miembro del *task force* de arbitraje y cambio climático de la Cámara de Comercio Internacional.

³ Abogado y árbitro, socio fundador de Vera Espinoza & Prado Abogados. Candidato a magister en Derecho de la Empresa en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro del Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de La Libertad. Especialista en arbitraje en contrataciones del Estado por la PUCP, siendo, además, especialista en arbitraje, derecho procesal, administrativo, sancionador, derecho civil patrimonial y contrataciones del Estado. Miembro del Grupo de Investigación Derecho y Empresa de la PUCP. Conferencista internacional y autor de artículos para prestigiosas publicaciones y obras colectivas.

⁴ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con mención sobresaliente. LL.M. por la Universidad de Nueva York. Expresidente de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Docente de posgrado en la Universidad del Pacífico y en la Escuela Gerens. Más de veinte años de experiencia en la negociación de proyectos de infraestructura, privados y públicos, en sus diferentes esquemas, así como en la solución de disputas de construcción a través del arbitraje. Su práctica está siendo reconocida por los diferentes rankings como *Chambers & Partners*, *Leaders' League* y *Who's Who Legal*, entre otros.

La garantía de fiel cumplimiento y el costo de las oportunidades perdidas por el congelamiento de las líneas de crédito

*Ricardo Gandolfo Cortés*⁵

Las pericias de oficio en los arbitrajes

*María Eliana Rivarola Rodríguez*⁶

⁵ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en contrataciones del Estado. Ha participado en la redacción de la mayoría de leyes y reglamentos que se han aprobado sobre la materia. En 1982 sigue de cerca el proceso que terminó con la promulgación de la Ley de Consultoría n.º 23554; en el año 1987 revisó su Reglamento; en 1986 elaboró el proyecto de la primera Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Ha elaborado estudios e investigaciones para organismos internacionales e instituciones multilaterales de crédito. Ha sido experto internacional por el Acuerdo de Cartagena, en representación del Perú. Ha sido elegido para elaborar el *Manual sobre Contrataciones y Servicio de Consultoría* del Consucode y para la United States Agency for International Development. Ha escrito de manera bastante amplia sobre la materia y ha sido durante quince años catedrático de la Maestría en Gestión y Administración de la Construcción en la Facultad de Ingeniería Civil de la Universidad Nacional de Ingeniería, además de ser incorporado como docente en la Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias.

⁶ Ingeniera civil, egresada de la Facultad de la Ingeniería Civil de la Universidad Nacional de Ingeniería. Ha prestado servicios a diferentes entidades estatales, así como a empresas privadas dedicadas a la construcción de obras civiles o en el ramo de la consultoría. Dedicada al gerenciamiento y asesoría, actualmente, es consultora independiente y se desempeña como árbitra, adjudicadora, perita y conciliadora extrajudicial.

José Feris: Es un honor para mí estar en este evento con tan distinguidos colegas y amigos peruanos.

¿Qué ha pasado con los ingenieros y con los arquitectos y por qué tenemos tantas disputas en el ámbito de la construcción? Quizá la respuesta es que fueron reemplazados por abogados, y creo que María Elena Rivarola, la ingeniera del panel, va a estar en acuerdo con nosotros.

Sin embargo, también es válido decir que una vez llevadas las disputas de la construcción, prácticamente, en su totalidad al arbitraje tenemos que enfrentarnos a los desafíos que presenta el arbitraje como institución jurídica. Y uno de los principales desafíos lo vendemos como una ventaja, pero es un desafío: el tema de que la jurisdicción arbitral únicamente puede ser accesible a través de la voluntad de las partes.

Todos sabemos que los proyectos de construcción son transacciones complejas, donde, muchas veces, entender cuál es la voluntad de las partes se torna complicado, pero a veces —así como yo decía *mea culpa* a los abogados por volver los temas más complejos— los abogados no estamos involucrados en la redacción de los contratos. A veces, son los ingenieros o la parte comercial que se involucra en la redacción o en la modificación, alteración de los contratos y hace que las cláusulas que versan sobre la jurisdicción del tribunal arbitral se modifiquen o no se redacten de la mejor manera posible.

Estos factores combinados generan, efectivamente, la problemática que en los arbitrajes de construcción es común tener una disputa aparte que versa sobre la competencia del tribunal arbitral, ante todo. Entonces, tenemos dentro del arbitraje de construcción un miniarbitraje, para ver si podemos acceder a la jurisdicción arbitral o en qué alcance podemos acceder a la jurisdicción arbitral.

Ahí, evidentemente, que es donde los abogados nos especializamos. Pero, a veces, el hecho de la falta de la asistencia propiamente dicha en la redacción de estas cláusulas es el que lleva a que cuando surge la disputa, el abogado tenga que jugar un rol muy importante en resolver estos temas que son eminentemente jurídicos y no técnicos, y que le van a sumar un complejidad a la disputa, pero sobre todo le van a sumar tiempo y costos.

Un arbitraje de construcción que pudiera llevarse a cabo en dieciocho meses, a veces se lleva a cabo en tres años porque hay una fase de jurisdicción bastante compleja de atender y que se suma a la complejidad ya de por sí técnica del proyecto de construcción.

Hace muy poco realicé un estudio con laudos arbitrales emanados por tribunales arbitrales de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI para analizar, precisamente, esta problemática: ¿cuáles son las cuestiones de competencia y de jurisdicción que surgen en las disputas de construcción? Clasificarlas, identificarlas para ver también qué tipo de conclusiones se pueden sacar, si es que se pueden sacar algunas conclusiones, pero, por lo menos, saber que estos temas existen y, en la medida de lo posible, ver de qué forma se pueden prevenir.

Voy a compartir con ustedes los resultados de esta investigación —que es una investigación que realicé estando todavía laborando para la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, pero que ya viene a ser confirmada por mi práctica como árbitro y como abogado, porque por lo menos en dos o tres arbitrajes que he llevado a cabo como árbitro o como abogado ya han surgido cuestiones muy similares de jurisdicción—. Puedo asegurar que es un tema que continúa siendo un obstáculo en la resolución de disputas de construcción.

Lo que surge de mi investigación son, básicamente, dos grandes tipos de cuestiones jurisdiccionales de competencia que surgen en las disputas de construcción regularmente. Estos laudos que examiné fueron dictados en diferentes jurisdicciones, donde nos encontramos básicamente con los mismos o similares problemas.

La primera categoría de problemas la he catalogado como cuestiones jurisdiccionales regulares, que pueden surgir en el contexto de otras industrias o de otras transacciones, pero que se acentúan en el sector de la construcción, dada la complejidad de la transacción misma y la multiplicidad de actores que participan en él.

Por otro lado, identifiqué cuestiones ya más específicas al sector de la construcción y que surgen de contratos Fidic, que son contratos modelo, especializados en construcción. ¿Cuál es la particularidad de estos contratos de construcción? Normalmente, nos proporcionan un sistema de resolución de controversias escalonado donde existe la obligación de constituir o de pasar por una junta de controversias, un *dispute board*, y eso, a su vez, genera otros obstáculos para que el tribunal arbitral pueda ejercer su competencia.

Voy a tratar este tema sobre la base de casos reales, pero, básicamente, simbólicos, y estoy seguro de que se pueden repetir y que muchos de nosotros ya los hemos vivido en nuestra práctica.

Dentro de la primera categoría hablaré de cuatro casos que, a su vez, se podrían considerar como cuatro subcategorías: la primera es la que involucra a subcontratistas; la segunda es la que involucra a garantías o fianzas; la tercera es la que involucra al grupo de compañías; y la cuarta es la que involucra a consorcios o *joint ventures*. Esas cuatro palabras son clave en las transacciones de jurisdicción, entran en la naturaleza de lo que es un contrato de construcción o infraestructura.

El primero de estos casos involucra al subcontratista. Me pareció que este caso nos va a mostrar el tipo de problemas que surgen con la presencia de contratistas, subcontratistas y múltiples contratos. Era un caso relacionado a la construcción de una autopista, algo muy común en las disputas de construcción, sobre todo involucrando al Estado. El arbitraje CCI lo comenzó la parte demandante, una entidad que firmó un subcontrato para llevar a cabo trabajos que tienen que ver con la construcción de la carretera, pero que es un subcontrato con relación al contrato principal entre quien sería el dueño de la obra y el contratista principal.

Este subcontratista había formado una especie de consorcio con el contratista principal para llevar a cabo trabajos sobre el contrato principal; sin embargo, decide iniciar un arbitraje CCI en el cual demanda no solamente al contratista, también al dueño de la obra que únicamente había firmado un contrato con el contratista, pero que, en principio, no había firmado ese otro contrato que tenían ese subcontratista y el contratista principal. A pesar de esto, alega que el lenguaje de este subcontrato era claro, estos trabajos estaban siendo realizados para el beneficio del dueño de la obra y había una relación de negocios directa con él, y que, por ello, el tribunal arbitral tendría que considerarse competente.

La cuestión fue analizada detenidamente por el tribunal arbitral y decidió que no tenía competencia para analizar la disputa, puesto que no había encontrado ninguna prueba dentro del texto de los contratos ni dentro de la prueba que se produjo de lo que fue la vida de la transacción para determinar que había un consentimiento en el que pudiera inferirse que el dueño de la obra había aceptado ir a un arbitraje con el subcontratista.

Este caso me parece muy importante porque es en el que se basa el sistema de controversias y contratos propuesto por la Fidic, y sobre esa base de lo que se espera de este tipo de casos es que la CCI ha redactado los estándares jurisdiccionales que aplica la Corte en una revisión *prima facie* de jurisdicción, precisamente, porque como muchos de los contratos Fidic hacen referencia directa al arbitraje CCI, el reglamento CCI tiene que asegurarse que el consentimiento que se plasma en esos

contratos en que hayan disputas y contratos separados no venga luego a mezclarse por medio de demandas arbitrales como esta.

El segundo tema es un tema de fianza que ya había visto en mi investigación, pero que lo he vivido en mi práctica como árbitro. Es un contrato también de infraestructura firmado entre una entidad estatal, una agencia del Estado y una empresa. Las negociaciones comienzan a darse con la empresa matriz que, a su vez, es la encargada de otorgar la fianza. Luego, se constituye un vehículo que va a firmar el contrato principal y luego la casa matriz inicia un arbitraje contra la entidad estatal en relación con la fianza, pero también haciendo referencia al contrato principal. El Estado levanta objeciones y dice que el tribunal arbitral no tiene jurisdicción en relación con la fianza. Acá, el tribunal arbitral tuvo que evaluar en qué contexto se había emitido la fianza, que se había emitido como parte de un paquete que había sido negociado conjuntamente con el contrato principal y había una referencia de la fianza del contrato principal, por ende se consideraba que la cláusula compromisoria era aplicable.

Pero vemos cómo, dependiendo del lenguaje o la fórmula que se utilice en la redacción de estos contratos o en la vida de la transacción, podemos perfectamente llegar a decisiones distintas. En ese caso, el tribunal arbitral aceptó la jurisdicción. Fue una decisión parcial, o sea no se aceptó jurisdicción sobre todos los temas que planteaba esta casa matriz del contratista con el Estado, pero eso hizo que el arbitraje fuera bifurcado y que se llevara una cantidad importante de tiempo para resolver esta cuestión jurisdiccional.

Pasamos a los casos de grupos de compañías —digo «los casos» porque vimos muchos de estos dentro de nuestra investigación—. Básicamente, lo que se alega generalmente es esta doctrina del grupo de compañías, que va a depender mucho en su aplicación de cuál es la sede del arbitraje y de cuál es el derecho aplicable.

Sabemos que la ley peruana de arbitraje ha incorporado una versión similar a esta doctrina del grupo de compañías o, por lo menos, da apertura a que un tribunal arbitral pueda aceptar la jurisdicción sobre partes no signatarias, pero que han tenido algún tipo de involucramiento en la ejecución de los contratos, y esto surge en las disputas de construcción puesto que muchas veces hay temas económicos involucrados, y lo que se busca es demandar a la parte que realmente tiene el dinero. Entonces, en muchos de los temas de construcción que he visto surgían estas pretensiones en las que no solamente se demandaba al contratista, sino también se demandaba a subsidiarios o casas matrices de los contratistas, tratando de buscar ese amparo de la parte fuerte económicamente para lograr un laudo ejecutable.

Las decisiones que he podido observar son variadas. Hay decisiones en las que el tribunal arbitral simplemente dice esta doctrina no es aplicable en esta sede, sobre todo sedes más hacia el *common law*, y en otras decisiones el tribunal dice que la doctrina no necesariamente aplica, pero lo que entendemos acá es buscar si hubo un consentimiento inferido o implícito, y lo buscan de nuevo en cómo se manejó la transacción.

Algo que es muy útil para los tribunales arbitrales en los casos que vi es, precisamente, cómo fue el intercambio de correspondencia, de notificaciones. Ahí puede haber muchos errores en un proyecto de construcción en el cual sí se copian a las empresas matrices o afiliadas y, a lo mejor, ese involucramiento puede llevar a un tribunal arbitral a entender que esas partes, si bien no firmaron al participar en la ejecución de ese proyecto, han dado su consentimiento también para participar de un posible arbitraje.

Finalmente, el tema de los consorcios. Aquí elegí un caso sumamente interesante y, diría, desafortunado de un consorcio, que es la parte demandante, bajo derecho brasileño. Se había ejecutado el contrato del proyecto para la construcción de una planta de aluminio, y, básicamente, el consorcio fue el que firmó ese contrato. Lo que se entendía era que los miembros iban a, eventualmente, formar

el consorcio, pero al momento de la firma del contrato el consorcio aún no estaba formado. La decisión del tribunal arbitral fue interesante al decir, bajo el derecho brasileño, que el consorcio no tenía una personalidad jurídica propia y, en todo caso, se pudiera inferir de ese contrato que lo que había era una intención de los miembros para formar ese consorcio. Pero, aun así, el problema es que, entonces, el segundo contrato en el que se forma el consorcio tenía una cláusula compromisoria distinta a la cláusula compromisoria del contrato inicial, y el tribunal arbitral concluye, entonces, que no tiene competencia para decidir ese arbitraje comenzado por el consorcio.

Estos arbitrajes de consorcio los hemos visto en diferentes formas y en diferentes jurisdicciones. Generalmente, es un tema al que hay que prestarle atención, saber a quién demandar o quién demandará. Parecería muy básico y, sin embargo, es sorprendente la cantidad de casos que nos encontramos en la práctica donde surgen este tipo de cuestiones

Habiendo agotado estos cuatro ejemplos, paso a los temas relacionados con los contratos Fidic o tipo Fidic, y cuáles son los problemas que hemos identificado cuando hay cláusulas arbitrales que contienen una referencia a los *dispute boards*.

El primero tiene que ver con si puede una parte iniciar un procedimiento arbitral sin haber primero llevado la controversia al *dispute board*. Lo que sucedió es típico, había un contrato Fidic, pero ese contrato luego fue modificado. Los términos particulares modificaron las condiciones generales y eso generó una confusión sobre si las partes debían conformar el *dispute board* o si era opcional.

Si bien las cláusulas generales decían que las partes debían de conformar el *dispute board*, los términos particulares del contrato decían que las partes podían, y eso generó una situación en la cual el *dispute board* no se llegó a conformar porque no era un *dispute board* que se hacía de manera permanente al principio del contrato, sino que era *ad hoc*, una vez que la disputa surgiera, el *dispute board* no estaba en posición.

El tribunal arbitral tuvo que hacer una construcción contractual para saber cuáles eran las cláusulas que prevalecían sobre las otras y llegó a la conclusión de que no había una obligación, y lo interesante acá es ver que sí la había inicialmente, pero que las partes, a veces, intentaban modificar contratos que han sido muy bien pactados, pues cambian las redacciones y surgen luego estos problemas.

El segundo tema relacionado con Fidic y con el *dispute board* de nuevo es, precisamente, qué pasa cuando no hay un *dispute board* constituido. Y acá un caso similar, donde sí hubo una notificación entre las partes para constituir el *dispute board*; sin embargo, las partes duraron alrededor de unos quince meses discutiendo sobre la constitución o no del *dispute board*, y en ese tiempo una de las partes decidió llevar la disputa al arbitraje y el tribunal arbitral entendió que no se podía de buena fe esperar que esa parte pudiera esperar indeterminadamente la constitución del *dispute board* únicamente para cumplir con esa cláusula.

Entonces, el tribunal arbitral entendió que estaba debidamente constituido y que, simplemente, el *dispute board* no se había constituido, pero el hecho de no haber podido constituir el *dispute board* no debía ser un impedimento para comenzar el arbitraje porque las partes sí lo habían intentado y no lo habían logrado.

Luego tenemos decisiones del *dispute board*. ¿Qué pasa? ¿Cuándo podemos, entonces, acceder al tribunal arbitral? Ya con una decisión del *dispute board*. Ya en un caso donde, efectivamente, había un *dispute board* constituido y las partes fueron al *dispute board* y este emite una decisión. Y, normalmente, el lenguaje que vamos a encontrar en los contratos Fidic es que esa decisión va a ser vinculante, final y definitiva para las partes. La disputa que surge acá, este es un caso muy famoso en la jurisdicción de Singapur. Una vez que tenemos esa decisión y que la parte no la cumple, entonces tendremos que ir al tribunal arbitral. Hubo un debate sobre, primero, si el no cumplimiento de la decisión del *dispute board* constituye en sí una disputa que debe ser sometida al *dispute board*, y la primera decisión de las

Cortes de Singapur, anulando un laudo porque fue un tribunal arbitral. El tribunal arbitral entendió que no era necesario, que ese no era el espíritu de la cláusula de *dispute board* del contrato Fidic. Sin embargo, fue anulado en Singapur y la Corte de Apelaciones de Singapur entendía que esa disputa tenía que haber sido sometida a un *dispute board* primero. Entonces, estábamos en un círculo vicioso. Pero luego se volvió a someter esta disputa a un arbitraje. Hubo un laudo, se volvió a someter a anulación, y las Cortes de Singapur sí mudaron su enfoque y aceptaron que la razón de ser del *dispute board* es aquella de «paga primero, discute después», pero que se entendía que esa decisión debía de ser cumplida, y que podía ser cumplida únicamente mediante un laudo que constate que había una obligación, que constate que la obligación no fue cumplida sin tener que entrar a decidir el fondo de la disputa.

Finalmente, cuestiones de plazos. ¿Qué pasa cuando un *dispute board* no emite la decisión dentro del plazo? En algunos casos hablamos de 84 días. ¿Qué pasa cuando el *dispute board* no dicta su decisión dentro de los 84 días? En este caso, en particular, el *dispute board*, envió una carta a las partes diciendo: «todavía no tengo información suficiente para decidir». Luego, este tema fue llevado al arbitraje y una de las partes que no quería ir al arbitraje decía que el *dispute board* mediante esa carta ha extendido el plazo, y el tribunal arbitral entendió que ese plazo era contractual, que no podía ser extendido unilateralmente por el *dispute board*, y entendió que el tribunal arbitral tenía jurisdicción.

Mi conclusión es que tenemos en la industria de la construcción mucho dinero en juego. Algunas veces no tenemos los recursos suficientes para establecer la estructura contractual que nos asegure disputas eficientes, pero muchas otras aun teniendo y agotando recursos podemos encontrarlos con pequeñas cuestiones que se tienen que ir afinando a través de la práctica.

Evidentemente, una primera conclusión es que los contratos modelo tienden a involucrar una serie de personas y de experiencia muy válida que si se van a usar, no deberían modificarse. Muchas veces vemos contratos Fidic, pero modificados, lo cual desequilibra totalmente las obligaciones que los expertos habían intentado incluir en el contrato. Creo que por ahí hay un trabajo que hacer y también en la redacción de cláusulas arbitrales paraguas, pero también en la selección de reglamentos arbitrales institucionales que, por lo menos, nos van a dar un marco, si bien básico, pero que en un momento dado nos puede resolver uno de estos temas jurisdiccionales.

Creo que para evitar que los abogados les robemos el lugar a los ingenieros y hagamos de las disputas de construcción temas más complejos, a lo mejor hay que involucrarlos en una etapa más temprana. Con eso termino.

Ahora vamos a introducir a los demás miembros de este panel. Comenzamos con un colega y amigo: Eric Franco, quien va a tratar un tema de actualidad que si bien tiene que ver con la construcción, también tiene que ver con la transición climática.

Eric Franco Regio: Buenas tardes. Es un gran placer compartir este evento con tan destacados colegas.

En tiempos de incertidumbre como los que estamos viviendo es clave invertir en investigación y desarrollo para dar sentido a las cosas que están sucediendo y pensar cuidadosamente qué hacer. El cambio climático está creando un contexto nuevo e incierto para todas las áreas de la vida.

En materia de infraestructura, el concepto que solemos tener presente es el de la brecha que tiene cada país para alcanzar a la media de ciertos países de referencia. En el caso de Perú se ha calculado que la brecha a cinco años es de USD 35 000 millones y a diez años es de USD 108 000 millones. Muchos países presentan brechas de infraestructura, por ejemplo, la brecha de la región latinoamericana se estima en USD 150 000 millones por año y la brecha del mundo entero en USD 15 trillones al 2040. Sin embargo, los estudios de brecha no están considerando los efectos del cambio climático.

Para mitigar los efectos más graves del cambio climático se requerirá una transición rápida y de gran alcance en lo que respecta a la energía, los territorios, las ciudades, las infraestructuras (incluido el transporte y los edificios) y los sistemas industriales.

Transición energética significa el proceso de reemplazar los sistemas de energía existentes, es decir, generación de energía, calefacción, transporte, etc., por sistemas neutros en carbono. Esta transición implicará desinversiones, inversiones y varios cambios en el funcionamiento de la economía y la sociedad. Se estima que, para alcanzar el objetivo del Acuerdo de París, se necesitaría un promedio anual de inversión de USD 3,2 trillones hasta el 2040. Esta inversión sería principalmente en la creciente demanda de energía, la transición energética que promueve la electricidad baja en carbono y la necesidad de reemplazar los activos eléctricos envejecidos en muchos países.

La descarbonización muchas veces implica una pérdida de valor económico. Muchos activos quedarán varados, lo que significa que deberán retirarse antes del final de su vida útil para cumplir con los objetivos. Las pérdidas estimadas son grandes: de USD 1 trillón a USD 4 trillones, si se considera solo el sector energético, o hasta USD 20 trillones si se considera la economía de manera más amplia.

En América Latina, implementar los compromisos asumidos por los países (NDC) fijados antes del 2020 y corregir el rumbo en el 2030 para alcanzar la neutralidad de carbono antes del 2050 creará activos varados en el sector eléctrico por valor de USD 90 billones. Esto también implicará algunos efectos socioeconómicos potencialmente negativos, como para los trabajadores y las comunidades en los sectores transformados.

Dicho lo anterior, se aprecia claramente que se requerirá inversiones muy grandes si se quiere alcanzar las metas fijadas, en adición a los activos que serán decomisionados antes del cumplimiento de su vida útil, todo lo cual no está considerado en los cálculos de brecha actuales. En tal sentido, la brecha es mayor de lo que creemos.

Si pensábamos que cerrar la brecha era una tarea difícil para un país como el Perú, el cambio climático hace que sea aún más difícil. La brecha del Perú se amplía año a año porque no se logra ejecutar el gasto público en infraestructura. Para que se vaya cerrando la brecha se requeriría que se ejecute por lo menos un monto superior al 5,2 % del PBI. Sin embargo, en el 2019 se ejecutó el 4 % como porcentaje del PBI y en años anteriores no más del 4,3 %.

Por otro lado, sabemos que el Perú presenta siete de las nueve características reconocidas por la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) para calificar a un país como «particularmente vulnerable»: 1) zonas costeras bajas; 2) zonas áridas y semiáridas; 3) zonas expuestas a inundaciones; 4) sequías y desertificación; 5) ecosistemas montañosos frágiles; 6) zonas propensas a desastres; y 7) zonas con alta contaminación atmosférica urbana.

Como se aprecia, el cambio climático debería estar como prioritario en las agendas. La covid y la coyuntura vienen ocupando casi toda la atención, lo cual debería ser corregido.

¿Cómo se relaciona lo anterior con las controversias? La ciencia del cambio climático y las políticas adoptadas por los gobiernos y las empresas están desarrollando posibles obligaciones, lo cual facilita enfoques alternativos para aquellos que buscan atribuir responsabilidad por los riesgos del cambio climático y aumentar la presión sobre los gobiernos y los actores no gubernamentales para impulsar la transición a cero emisiones netas de carbono.

Los objetivos de emisiones de gases con efecto invernadero (GEI) que los gobiernos vienen adoptando después del Acuerdo de París de 2015 generan un efecto dominó al cambiar las expectativas respecto a lo que se espera de las empresas, el estándar de la diligencia de los inversionistas respecto de los riesgos climáticos y el papel de las autoridades.

A los jueces, árbitros y expertos se les pide cada vez más que se ocupen de argumentos y hechos relacionados con el cambio climático y aspectos de la ciencia sobre el clima, ya sea en aplicación del derecho público o privado. Por ejemplo, reclamos constitucionales, de derechos humanos, de derecho administrativo, relacionados con permisos, de derecho privado y de derecho societario.

Esta tendencia mundial está empujando los límites del derecho, generando cambios en las políticas y los comportamientos, así como un creciente cuerpo de precedentes. Los demandantes están empleando argumentos legales novedosos y creativos, y en algunos fueros las cortes, tribunales y expertos están mostrando su disposición a adoptar enfoques creativos respecto a estos temas.

En este contexto, es valioso que el Grupo de Trabajo de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) sobre controversias relacionadas al cambio climático haya dedicado un esfuerzo sustancial para investigar y pensar en el papel del arbitraje y los mecanismos alternativos de resolución de controversias (MARC) en relación con las nuevas aristas que están presentes en los conflictos donde hay aspectos del cambio climático. Muchos de los aspectos tocados por el Informe son temas clásicos de arbitraje y MARC, pero ahora se ven en un nuevo contexto y afrontan nuevos desafíos.

El Informe define las disputas relacionadas con el cambio climático y proporciona ejemplos. El Grupo de Trabajo adopta una visión amplia de las disputas relacionadas con el cambio climático, incluye cualquier disputa que surja de o en relación con el efecto del cambio climático y la política de cambio climático, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (UNFCCC) y el Acuerdo de París.

El Informe clasifica estas disputas en tres categorías: 1) las relacionadas con contratos específicos de transición, adaptación o mitigación; 2) las relacionadas con contratos no específicamente relacionados con la transición, adaptación o mitigación; y 3) aquellas en las que se pacte acuerdos de sumisión a arbitraje o MARC.

Este grupo de controversias es muy amplio y considero útil agruparlas en cuatro:

- Las controversias relacionadas con las enormes inversiones que se requerirán para hacer que el mundo sea más sostenible (es decir, la transición en los sistemas de energía, territorios, infraestructura e industria, lo que se denomina transición de sistemas) (US\$ 90 trillones entre 2015 y 2030 en inversiones de infraestructura).
- Las controversias relacionadas con medidas de adaptación y mitigación, las cuales son generalmente promovidas por los gobiernos, incluidas muchas veces disputas relacionadas con cambios en las leyes y regulación.
- Las controversias relacionadas con los nuevos estándares de los financistas e inversionistas en relación con sus inversiones o las actividades de sus clientes, tales como los relacionados con los principios de Ecuador o los Principios de las Naciones Unidas para Inversiones Responsables y otros estándares.
- En cuanto lugar, las controversias que surjan debido a cambios en las circunstancias, por ejemplo, si una situación es o no un evento de fuerza mayor o si el cumplimiento de una obligación contractual ha devenido en imposible o excesivamente oneroso.

Dichas disputas pueden surgir o no en un contexto en el que exista un tratado de protección de la inversión o donde participa un Estado o entidad pública.

Como conclusión de lo dicho, se puede apreciar que el cambio climático tiene y tendrá un efecto importante en la economía y la sociedad, lo cual no está recibiendo la atención debida y el ámbito de la resolución de controversias tendrá un rol fundamental, para lo cual es importante familiarizarnos con el tema e ir tomando acciones. Muchas gracias.

José Feris: Excelente exposición, muy de actualidad. En el marco de los contratos de construcción, generalmente, tenemos esas cláusulas del cambio de ley, del cambio de legislación y en el marco propiamente dicho de las técnicas de construcción podemos ver cómo estas obligaciones que están asumiendo los gobiernos pueden afectar proyectos de infraestructura que están en la etapa de concepción o en la etapa de desarrollo. Se me ocurren buscar ejemplos en países que conozco de construcción de plantas de carbón, por ejemplo, cómo asumir obligaciones de un Gobierno en el cual se están construyendo este tipo de plantas que podría generar un cambio de ley que afecte ese proyecto.

En el contexto de tu práctica, ya no como árbitro, sino dentro de Engie, ¿cómo se está preparando para afrontar este tipo de disputas que pueden surgir de estos temas?

Eric Franco Regjo: Más que pensar en las disputas, puedo decir que las grandes corporaciones en el sector energía en el mundo tienen compromisos de no hacer emisiones muy agresivos, inclusive más agresivos que los que tienen los gobiernos. Entonces, eso implica, por un lado, vender activos que emiten, que hacen emisiones de efecto invernadero o cerrarlas, porque cuando lo vendes no necesariamente estás reduciendo la inversión, sino solamente están pasándola a que otro haga la emisión. Pero va de la mano con cerrar activos y ahí es cuando decía que implica una pérdida de valor, porque, por ejemplo, decides cerrar una planta que tiene veinte años más de vida, y eso implica que tu accionista va a perder el dinero.

En grandes corporaciones que tienen una gran cartera de proyectos, puede hacerse, pero si eres una empresa pequeña, donde tienes una planta, dos plantas o diez plantas, no puedes hacerlo porque, sencillamente, estarías destruyendo buena parte del valor que tiene la compañía.

José Feris: Sí, la inversión se calculó sobre la base del número de años de operación.

Eric Franco Regjo: Sí. En Francia hay una disposición legal que establece que las empresas tienen la obligación de vigilar que sus actividades cumplan con los derechos humanos y con el medio ambiente, y eso implica también, por ejemplo, una capa más de responsabilidades que se traduce en las operaciones en todo el mundo.

José Feris: ¿Hasta qué punto las obligaciones que se han asumido en el marco del Acuerdo de París, dependiendo de las diferentes legislaciones, podrían tener un nivel constitucional dentro de las jurisdicciones? No sé si eso es algo que ya se han planteado o en lo que hayas pensado.

Eric Franco Regjo: O sea, ¿hasta qué punto la libertad de empresa se puede ver afectada porque hay un cambio de ley, una expropiación? También podría haber una arista ahí. La pregunta es quién asume el costo final de esa pérdida de valor. Y es una tremenda discusión a nivel mundial que no tiene una solución uniforme. Creo que en la medida que se ponga en la mesa vamos a empezar a generar un debate y se va a enriquecer la posibilidad de soluciones legales razonables.

José Feris: Te agradecemos por ponerlo en la mesa.

Queremos darle un panorama general antes de entrar a algunos temas ya más específicos dentro de lo que son las disputas de construcción. Le doy la palabra a Giuseppe Vera para que nos dé este panorama del arbitraje de construcción hoy en día.

Giuseppe Vera: Muchas gracias.

La idea es hacer una panorámica respecto al tema puntual de la contratación, en este caso, en materia de construcción, desde una perspectiva que se pueda entender de manera general, y en algunas partes incidiré en lo que tiene relación con el tema de la obra pública, pero, en líneas generales, de manera abierta, es tanto para el tema de la contratación pública como para de la contratación privada.

La primera idea que quisiera compartir es tener una posibilidad de entender con mente abierta los cambios que vienen ocurriendo en el contexto internacional acerca de la implementación de ciertos mecanismos tendientes a evitar conflictos, y acá podría haber una primera interrogante de por qué lo incluyo si es que es un panel de arbitraje.

Lo que quiero explicar es que en materia de construcción existen, por ejemplo, los *dispute boards* o también el *compliance*, a los que muy tangencialmente me voy a referir en un momento. Nosotros, usualmente, estamos preparados para un escenario de confrontación, pero lo que también debemos entender es que nos podemos ocupar de implementar y mejorar los mecanismos que faciliten la consecución de la finalidad del contrato: que se cumpla con realizar la obra, sea esta pública o privada. Sin duda, constituiría una reducción de la litigiosidad, claro está, tampoco no tengamos la expectativa de que incidiría, pues, en un gran porcentaje, pero seguro incidiría, y llevaría algunos temas a ser resueltos a través de estos mecanismos, de tal manera que las controversias ya no lleguen a un nivel sostenible, que es lo que, precisamente, provoca ya el acudir a un escenario de carácter confrontacional como es el arbitraje.

Entonces, también considero que, aplicando estos mecanismos, aquellos casos en los cuales no puedan ser resueltos a través de ellos y lleguen a arbitraje implicaría unos arbitrajes de una mayor calidad técnica o lo que ya se había trabajado previamente, y seguro que sería de información valiosa y de gran apoyo para los respectivos tribunales arbitrales.

Y esto que acabo de decir tiene una significación porque, en realidad, y esto lo escuchamos siempre, nadie contrata pensando en recurrir a la justicia, demandando indemnizaciones o, en el caso de la obra, la ejecución de penalidades.

La idea de la contratación es que lo que ha sido objeto del contrato se llegue a cumplir, se llegue a ejecutar la obra; sin embargo, todos sabemos que, en la realidad y, sobre todo, en temas de construcción, eso no siempre es posible y, en muchos casos, en muchos contratos se desencadena en la posibilidad de controversias y arbitrajes sobre la materia.

Con relación, pues, a los *dispute boards*, la tendencia que estamos viendo es a su implementación cada vez mayor, lo cual, incluso, podría ir más allá del plano estrictamente legal.

Me refiero a que, por ejemplo, en Perú tenemos junta de resolución de disputas en materia de contratación con el Estado a partir de ciertos montos, pero también las partes están facultadas para tener junta de resolución de disputas, incluso, por montos menores.

Entonces, ya se está dando la posibilidad de que las propias partes, en este caso, el Estado y el contratista, puedan acordar tener junta de resolución de disputas.

Y, claro está, también puede darse el caso de que en temas de carácter privado también los contratantes decidan tener este mecanismo.

Reitero, se arbitrarían casos en los cuales en la junta no se pudo haber tenido una solución.

Respecto al *compliance*, muy brevemente, también es muy conocido que las empresas están contratando estos servicios de consultoras que dan este servicio de estos programas de *compliance*, programas de cumplimiento normativo que, en algunas oportunidades, engloba una gran cantidad de áreas de una empresa, y en otras, áreas muy puntuales. Ya eso lo determinará la empresa contratante.

Entonces, también desde mi punto de vista, podría significar un mecanismo importante a tomar en cuenta cuando estamos ante contratación en materia de construcción.

Y, al igual que con los *dispute boards*, también considero que se evitaría, en algunos casos, porque este mismo mecanismo de cumplimiento haría que algunas situaciones que se presentan y que dan

origen a incumplimientos contractuales, con el *compliance* podrían evitarse. No todas, claro está, pero en algunos casos quizás sí.

Ahora sí, entrando al tema de los arbitrajes en materia de construcción, debo decir, y aunque suene a una verdad de Perogrullo, esta materia en específico del arbitraje, esta materia que tiene una complejidad técnica muy rica que todos conocemos, en algunos casos más que en otros, por la contratación en sí y porque conlleva una cantidad muy alta de material probatorio.

Otro tema que es muy importante también, a diferencia de otras materias arbitrales, es que contienen muchos [...] hay una serie de reclamaciones, enésimas reclamaciones, y el tribunal arbitral tiene que pronunciarse respecto a todas y cada una de estas reclamaciones, a todas y cada una de estas pretensiones, donde el elemento fáctico es muy complejo, muy técnico, y es, precisamente, lo que ocasiona, como también lo diré en un momento más, que el tiempo de duración de los procesos, de los casos, sea también significativamente mayor al promedio de materia arbitrable.

Entonces, es imprescindible —considero— revisar muchos hechos y los medios probatorios que, supuestamente, los acreditan. De otra manera, no sería posible resolver de manera correcta en materia de contratación. A su vez, qué duda cabe, conocer bien el derecho aplicable al caso y el contrato y todos los vericuetos que puede tener este, y cómo se entiende este a la luz de la ejecución, evidentemente, de ese contrato.

Entonces, si bien es común a todas las materias arbitrales que cobra una especial relevancia y significación en el tema de contrataciones, el gran desafío que tienen las partes es organizar toda la información porque es una información copiosa, es una información abundante.

Entonces, el tema de la administración de los contratos, la administración de la ejecución de la obra y de toda la información es muy importante. Y no solamente pensando de cara a la posibilidad de un arbitraje, sino también de cara a la ejecución misma del contrato porque, haciéndolo de manera correcta, utilizando organismos tecnológicos se podrá tener mejores posibilidades, precisamente, de no incumplir con los términos del contrato.

Y, claro, si es que ya llegamos a una situación en un procedimiento arbitral, estaremos en la posibilidad de procesar esa información y, posteriormente, presentarla al tribunal. Y que esa información que se presenta al tribunal, esos argumentos que se exponen en nuestras demandas, en nuestras contestaciones sean sostenibles en las audiencias con el caudal probatorio que se vaya a presentar.

De más también está decir que en esta materia en particular la prueba testimonial y la pericial cobran una especial relevancia, a través de las declaraciones que se vayan a realizar por parte de los testigos, de los informes periciales.

Mucho también se ha hablado respecto a que si las audiencias virtuales pueden, de alguna manera, reemplazar, suplir a las audiencias presenciales, sobre todo cuando se está actuando prueba de peritajes o prueba testimonial por el tema del *cross examination* que se va a realizar. Pero ese es otro punto.

Entonces, en este panel también está una ingeniera, una perito que seguro nos va a exponer también con base en su experiencia, con base en su *expertise*, el tema de las pericias y qué tanta relevancia pueden tener en una materia arbitral como la de construcción.

Como ya había señalado anteriormente, uno de los puntos de mayor importancia, como reto que debe tener el arbitraje en materia de construcción, está referido a la celeridad y a la eficiencia.

Son, precisamente, estos aspectos los que son puestos, a veces, en tela de juicio, porque, ante las demoras que ocurren, entonces, se dicen «Bien, estamos en un proceso arbitral en el cual, supuestamente, uno de los pilares fundamentales es la celeridad. Sin embargo, el proceso puede durar mucho».

Entonces, yo creo que es no menos importante esta percepción de los actores del mercado, porque, como practicante del arbitraje, lo que debemos es debernos a las posibilidades de las empresas, de las entidad que ingresan al sistema arbitral, porque, precisamente, lo que van a requerir es una administración de justicia, en este caso, privada, rápida, célere y, obviamente, ajustada a derecho.

Pero también mucho tiene que ver con la propia predisposición de todo lo que habían hecho las partes en la parte de la ejecución, y luego también lo que puede hacer el propio tribunal arbitral al momento de establecer las reglas, las pautas del arbitraje para que este pueda discurrir de una manera que se pueda no solamente establecer un calendario procesal del arbitraje, sino que, a su vez, no vaya a tener mayores dilaciones en lo que corresponde al caudal probatorio tan amplio que se suele presentar en esta materia.

Entonces, en obras, por ejemplo, bajo la ley contrataciones con el Estado, sabemos bien que las controversias no son resueltas por el Poder Judicial, sino a través del arbitraje. En esta materia, todos los casos, todas las controversias que se van a dar, van a ser resueltas en el fuero arbitral.

Sin embargo, también venimos escuchando ya hace buen tiempo que el problema que se está empezando a generar en el Perú es que cada día existen menos árbitros inscritos ante el Registro del RNA para arbitrar en materia de contrataciones con el Estado.

Entonces, ese es uno de los factores también importantes que se está dando en la actualidad y que no podemos ser ajenos a ello: cada vez hay menos árbitros. Entonces, si cada vez hay menos árbitros, va a ocurrir que podría potencialmente abrir una incidencia entre contrataciones porque entre esos pocos árbitros que están habilitados se eligen de manera habitual, pero porque, precisamente, el abanico de opciones es cada vez menor. Y, también, a su vez, porque muchos árbitros que sí tienen un amplio conocimiento en esta materia ya no podrán arbitrar porque no están dentro de ese registro del OSCE.

Entonces, esto también es un tema bastante importante, más aún, y lo toco así, tratándose de una materia tan técnica como la de construcción en materia privada. Claro, las partes pueden elegir.

Yo quiero, en todo caso, que pacten arbitraje porque si es que en sede arbitral el proceso tiene una duración considerable, no quiero imaginar si la llevamos a sede judicial. Definitivamente, en primera instancia nomás, demoraría una cantidad muy larga de años y esto no acaba, sabemos bien, en primera instancia, sino puede llegar, incluso, hasta casación. Entonces, el proceso no tendría cuándo acabar.

Entonces, eso es evidente, no podríamos sugerir una posibilidad, como la que algunos también vienen hablando que en materia de contratación pública la Ley de Contrataciones con el Estado deje de establecer el carácter de arbitrable, sino que se permita a la justicia ordinaria resolver estas controversias.

En lo personal, considero que esto sería un despropósito.

Hay ciertas particularidades en relación a la prueba y eso es muy importante. Hay un amplio volumen y un amplio caudal de documentos que no solamente tienen la forma de los documentos en materia común, sino que son muy tecnológicos. Tienen que ver, por ejemplo, con documentación contractual, correspondencia contractual, ingeniería del proyecto, y para entenderlo tanto las partes como sus abogados tienen que haber trabajado cómo presentar el caso de la mejor manera.

Para ir terminando, en estos casos también he visto que existe, en materia pericial, sobre todo, un problema con la trazabilidad, es decir, de dónde se obtiene la información que el perito presenta al tribunal.

El perito presenta un informe técnico y lo sustenta en la audiencia correspondiente. Sin embargo, no siempre se puede advertir con facilidad de dónde viene ese informe o cómo llega a esas conclusiones.

Ese es un aspecto que sería importante que se pueda mejorar porque, como dije anteriormente, tanto las pericias, como también las testimoniales son pruebas muy importantes en materia de construcción para que el tribunal tome una decisión de la mejor manera. Pero, en todo caso, para que el tribunal organice las preguntas a efectos de que puedan ser ampliadas en cuanto a la información que ahí se presenta.

Muchísimas gracias.

José Feris: Muchas gracias, Giussepi. Creo que has dejado mucho material sobre la mesa y, particularmente, para Eliana. Estoy seguro de que Eliana va a comentar no solamente desde el último tema que comentas sobre la prueba, sino también sobre la eficiencia misma, que es cuál es el verdadero rol del perito en las disputas de construcción: ¿es el árbitro o es el cuarto árbitro o no lo es? Ese va a ser, precisamente, el tema de Eliana.

Pero también te enfocaste muy pertinentemente, Giussepi, en la eficiencia que es muy difícil de alcanzar y quizá con la conclusión con la que nos quedamos es que aun cuando el arbitraje parezca ser largo, siempre va a ser más eficiente que la justicia ordinaria, pero no por eso tenemos que dejar de intentar esforzarnos y traer medidas para que el arbitraje continúe a ser más eficiente y el punto que tratas sobre los árbitros es fundamental porque la eficiencia de cómo se conducen los arbitrajes de construcción va a depender mucho del árbitro que tengas.

En ese sentido, brevemente, quería hacerte la pregunta de cuál crees que debe ser el rol del árbitro en la conducción de un arbitraje de construcción: ¿debe ser un rol inquisitivo, activo, proactivo?; o, más bien, el rol que normalmente tiene el árbitro que es: déjenme, preséntenmelo todo y ahí hablamos luego en la audiencia.

Giussepi Vera: Considero que, por ejemplo, desde la instalación, el inicio, el tribunal debe de procurar a que el arbitraje sea eficiente y pienso que podría empezar a hacerlo estableciendo reglas especiales en las cuales, por ejemplo: primero, se les indique a las partes que los medios probatorios que presentan estén enfocados e identificados, sobre todo, a qué pretensión se están refiriendo; segundo, en qué parte del medio probatorio está esa evidencia, porque puede ser un medio probatorio brutal, ciento y tantas páginas, y encuentras en una sola página, en un par de párrafos, lo que buscabas. Si empantanas el caso con tantos millares de folios, va a ser muy complejo para el tribunal. Entonces, que se identifique la parte del medio probatorio en donde se encuentra la evidencia y que se indique, a su vez, qué quiere probar ese medio probatorio y con relación a qué pretensión está enfocado.

Me parece que ahí empieza también a hacer el tema mucho más transparente, mucho más fácil, a su vez, para la otra parte, porque la otra parte, por ejemplo, la parte demandada, al pretender desvirtuar los fundamentos, incluso, probatorios que ha presentado la parte demandante también puede ubicar con mayor facilidad dónde está, en el pedido del demandante, el sustento de su exposición de tal o cual pretensión.

José Feris: Son, definitivamente, técnicas muy útiles para organizar procedimientos tan complejos, y es tan necesario también utilizar la tecnología, los *hyperlinks*, cosas básicas, pero que muchas veces son subutilizados por nuestros colegas.

Giusseppe Vera: Y ese es otro tema importantísimo cuando es institucional. O sea, en el Perú tenemos un sinnúmero de centros de arbitraje, pero la pregunta es cuántos sí tienen la tecnología como para adecuar un procedimiento como lo que hemos visto por covid, ha habido un gran problema: mucho tiempo los casos paralizados, precisamente, por la falta de tecnología.

José Feris: Gracias.

Pasamos ahora de lo procesal a lo sustantivo, y vamos a hablar de algo que es una tendencia, yo diría, mundial, regional, que son los contratos colaborativos de obra pública y la pregunta que se le hace Alex Campos es si esto es un mito o realidad.

Alex Campos: Muchas gracias.

Karina hizo una pregunta bien interesante: ¿dónde quedó nuestro legado constructivo. Y la pregunta de Karina refleja frustración y es la misma frustración que está en el mercado, hay una frustración por parte del Estado que no está obteniendo los proyectos que deseaba obtener. Hay una frustración de los contratistas que también se vio aquí, y también hay una frustración del pueblo, del ciudadano, de los que pagan impuestos, porque no se están cumpliendo los objetivos. Como bien dice mi amigo Eric, la brecha cada día se hace más grande y se hace más corta.

Yo quiero aprovechar la excelente introducción que nos ha hecho Giusseppe, para intentar hacer un enfoque, quizás un poco diferente.

Voy a hacer un pequeño *disclaimer*. Voy a intentar un *approach*, un enfoque, sobre qué es un proyecto colaborativo a sabiendas de que muchos de los amigos que están compartiendo el evento el día de hoy conmigo tienen, probablemente, el teclado listo para preguntar y para diferir de mi posición. Es por mi posición personal, pero que tengo absolutamente claro que este tema es controversial.

Y sé que han corrido muchos ríos de tinta, de sudor y, tal vez, algo de sangre con respecto a lo que yo voy a decir, por lo tanto, voy a intentar hacer un *approach*, del cual me totalmente responsable y, más bien, invoco a mis amigos, con los cuales he tenido larguísimas discusiones teóricas y técnicas, a que critiquen el enfoque que voy a proponerles.

Quiero comenzar diciendo que entiendo perfectamente que hay una diferencia entre contrato colaborativo, enfoque colaborativo y gestión colaborativa, pero para no aburrirlos los voy a tratar como que todos fueran lo mismo, pero entiendo perfectamente que hay sutilezas entre esos tres conceptos.

Habiendo hecho mi *disclaimer*, y evitando de esta el apanado comunal, voy a pasar a darles mi apreciación sobre lo que es un contrato colaborativo y dónde estamos.

Para eso les propongo un esquema muy sencillo. Aquí los amigos presentes que son muy aficionados al mundo del vino, que estarán muy familiarizados con el concepto de los puntos de Robert Parker, Jr. —dicho sea de paso, abogado—, crítico de vinos famoso por haber creado un sistema de puntuación: el famoso sistema de los cien puntos. A quienes les gusta el vino saben que cien puntos muestra un esquema que habla de un vino y eso implica un éxito de crítica y comercial abrumador. Robert Parker dijo: «Vamos a analizar algunos aspectos del vino, a esos vinos los vamos a puntuar y vamos a sumar todos los puntajes. El puntaje perfecto sería cien: cien puntos Parker». Yo propongo hacer exactamente lo mismo con los contratos para ranquearlos de más colaborativo a menos colaborativo. Algo que en la época de los ochenta era una iniciativa de Robert Parker y nadie le creía, el día de hoy, básicamente, es el estándar mundial. La gran mayoría de críticos sigue, de alguna u otra manera, este método de Robert Parker.

Yo les propongo —para no estar discutiendo mucho qué es más colaborativo que otro y evitar, de alguna manera, el hostigamiento de mis queridos amigos sobre qué es colaborativo o no— esta

forma de ranquear los contratos y después les voy a soltar mi percepción sobre algunos contratos, así abro la discusión y en el camino intentaré responder la pregunta de por qué tenemos ese sentimiento de frustración con respecto a la obra pública peruana.

Los cinco aspectos que yo propongo que se han calificado son: primero, distribución del valor ganado entre los actores del proyecto del valor que produce el proyecto. Ese valor puede ser económico. Después de haber escuchado la magnífica presentación de mi amigo Eric Franco, estoy convencido de que también hay que considerar el valor respecto a su impacto en el cambio, a su menor impacto o impacto positivo en el cambio climático. Sea cual fuere el objetivo que uno se propone o busca, ese valor agregado tiene que ser compartido entre los actores del proyecto, de alguna forma. Mientras más se comparta, más colaborativo es; mientras menos se comparta, menos colaborativo es.

Un segundo tema es el nivel de solución de la asimetría informativa. Hay asimetría informativa entre todos los actores del proceso, hay una formación que está en los fabricantes, entre los subcontratistas, en el contratista, el propietario, el diseñador.

Cómo fluye esa información de un lado a otro es superimportante. De hecho, dicho sea de paso, todo el mundo va a asociar inmediatamente el factor B con el BIM, lo he puesto como B para que ya, inmediatamente, tengan la idea del BIM, que, básicamente, en un nivel avanzado, fluye, sirve de vaso comunicante para esa información.

Tercero, muy importante, instrumentalidad del contrato, como herramienta de gestión contractual. Eso quiere decir que los contratos de construcción no deberían ser contratos que se firman y se guardan en el cajón del abogado, del gerente legal o del gerente general, sino debe ser un contrato que se firme y se entregue al gerente de proyecto para que el gerente de proyecto lo ejecute, y en el contrato estén las herramientas de gestión contractual que necesita para llevar con éxito su proyecto.

Cuarta, es una verdad de Perogrullo, la asignación adecuada de riesgos. Es imposible tener una gestión colaborativa si hemos asignado mal los riesgos. Nos pasamos la vida más peleando, discutiendo por una asignación ineficiente que gestionando este riesgo. Esa también es una verdad de Perogrullo.

Y quinto, ¿qué tan buenos mecanismos de prevención? No hablo de solución, hablo de prevención; no hablo de arbitraje, hablo de mecanismos para prevenir, no mecanismos para solucionar.

Para ser sinceros, el tema del arbitraje no tiene nada que ver, por su parte, en ser menos colaborativos o más colaborativos, porque, normalmente, en arbitraje vamos a discutir *post mortem* quién carga con la frustración del proyecto y no cómo evitar que el proyecto se frustre.

Habiendo visto estos cinco, entonces, comenzaremos a analizar cada uno de los contratos que tengamos, los *tailor made* que hacemos nosotros, los contratos de obra pública y los comenzamos a puntuar.

Un contrato, más o menos colaborativo debería debería puntuarse en todos esos sectores, en estos aspectos de una forma más o menos, alta, y llegaríamos a la conclusión, así como hay vinos de buena calidad, normalmente, de 85 puntos a más, en la escala de Roberto Parker, deberíamos tener contratos de 85 puntos a más, y deberíamos decir: «Este contrato es colaborativo»; un contrato que tenga una calificación mediocre o mediana en todos estos aspectos debería producir un contrato más difícil de manejar, poco colaborativo; y una baja puntuación en todos los aspectos, evidentemente, refleja un contrato adversarial, un contrato difícil de manejar. La frustración del proyecto es un resultado altamente previsible. Y este puntaje, en general, en la escala de Robert Parker, nos terminaría dando un índice de cuán alineados están todos los participantes del proyecto en los intereses del proyecto, en conseguir el objetivo común del proyecto. Si se consigue, es un proyecto exitoso. Y como uno de los valores que ayudan a ranquear estos contratos es la distribución del valor agregado, ese

proyecto exitoso deberá producir beneficios y esos beneficios deberán haber sido repartidos a todos los participantes del proyecto a raíz de toda la cadena de procura y construcción y diseño.

Entonces, hagamos un pequeño ejercicio que es una invitación a mis amigos a que lo observen y lo critiquen.

He escogido los contratos que les digo están más de moda en el Perú, y los he ranqueado de acuerdo a mi particular forma de ver. Como es la apreciación de Robert Parker de un vino, esta es la apreciación de Alex Campos de un contrato, qué es colaborativo y qué no.

He dividido en rojo al que sería poco colaborativo; ámbar, medianamente colaborativo o en camino a ser colaborativo, con ciertas mejoras podría ser colaborativo; y verde, colaborativo. Evidentemente, en cada segmento y en cada color hay relaciones y *rankings* al interior de cada uno.

Vamos a ver que la obra pública peruana está bien abajo. Está en el rojo porque uno analiza los cinco aspectos que hemos mencionado al principio y, la verdad, obtiene una calificación baja en todos los aspectos y, por tanto, a nadie le generará extrañeza que esté tan abajo; es un contrato adversarial. Dicho sea de paso, es la razón por la cual existen tantos arbitrajes, tantas controversias en obra pública.

En estos regímenes de excepción que ha generado el Estado a través de los Convenios de G2G, y he puesto los más comunes porque son los más conocidos, que son dos, ambos los utilizados del G2G con el United Kingdom, que es el NEC3 TM. Le he puesto TM porque es un *taylor made*, no es un NEC3 puro, yo lo llamo —sin ánimo peyorativo— «tropicalizado», porque ha sido modificado sustancialmente. He puesto dos: el de la autoridad de la reconstrucción el Convenio G2G para la Autoridad de la Reconstrucción con Cambios y el Convenio G2G que tuvimos para los Juegos Panamericanos.

El hecho de que los Juegos Panamericanos estén por encima de la Autoridad de la Reconstrucción con Cambios no es casualidad. De hecho, considero que es más colaborativo que el que tuvimos... el modelo que tuvimos *taylor made* sobre el NEC3 para los Juegos Panamericanos que es actual y de ahí no más uno puede tener rápidamente la sensación de que hemos retrocedido un poco, pues se han introducido cambios que, en realidad, generan una sensación de que estamos retrocediendo en las herramientas de colaboración.

El Fidic también está en ámbar y para mí no es un contrato colaborativo. Tienes algunas cuestiones como alertas tempranas; tiene, evidentemente, junta de resolución de disputas, pero eso no basta —en mi opinión— para que sea un contrato colaborativo.

Y en el verde comienzan a ir los contratos que ya intentan incorporar, de alguna forma, a otros actores del proceso porque, además de las dos contrapartes contractuales en un contrato de construcción, porque se entiende que el proyecto es dividido artificialmente en diferentes contratos, pero, al final, es un solo proyecto.

Y, evidentemente, ahí existe, comencemos, por ejemplo, con un NEC que ha sido incorporar la cláusula X12, que es la cláusula de *partnering*, en el NEC3, y todo esquema de *Alliances* y *Framework* de los contratos de proyectos integrados, los IPD; y, evidentemente, el FAC 1.

Ocurre que estamos bien atrás y, de hecho, es un síntoma claro de la frustración, de por qué estamos en esta frustración con respecto a la obra pública, porque nos hemos dado cuenta ya, en estándares internacionales, que el mundo va hacia la colaboración, la colaboración es la única forma de generar un proyecto exitoso y nosotros nos hemos quedado en la obra pública peruana. Se tuvo un modelo adversarial y lo que hemos comenzado a hacerle es darle algunos parches —que ahorita los voy a mencionar— que, evidentemente, mejoran, como la junta de resolución de disputas, la asig-

nación de riesgos, pero como venimos tan atrás esos parches —siendo buenos, generando valor agregado— no son suficientes como para revertir la sensación de frustración y de fracaso en la prestación pública peruana.

Habiendo dicho esto, que necesitamos avanzar, está absolutamente claro que para muchos el tema parte: ¿qué hacemos? Primera opción: derogamos la norma de obra pública y generamos una nueva absolutamente colaborativa; segunda opción: hacemos de los regímenes excepcionales del G2G la regla general.

La verdad es que tenemos algunas restricciones y hay que pensarlas. ¿Qué es lo que personalmente creo que se podría hacer? Primero. Creo que estamos dejando de lado un tema que es absolutamente importante, más importante que los contratos son las personas y las personas que gestionan. Por lo tanto, tenemos que hacer a ambos lados de la mesa —o sea, privado y público— una casta de gestores contractuales con esta cultura colaborativa, con cultura del BIM, pero eso va a demorar. Está claro que va a demorar.

¿Qué hacemos, mientras tanto? Primero, una brillante solución son los regímenes especiales, pero es una solución provisional y que solamente funciona para los grandes proyectos; el mediano y el pequeño proyecto sigue desamparado y es parte sustancial del sentimiento de frustración del ciudadano con respecto a la obra pública.

Cambiar la norma yo lo creo contraproducente. Es mucho más difícil generar esta casta de nuevos gestores si cambiamos la norma a cada rato, creo que debemos dejar cambiar la norma. Para nuestros amigos no peruanos, las normas de contratación pública se cambian, aproximadamente, cada dos años sustancialmente. No sustancialmente, cada tres meses.

Y a mí se me ocurren dos ideas para enfrentar este problema, entendiendo que el problema de fondo es generar la casta de gestores contractuales porque el problema no es el contrato ni la ley, el problema son las personas. Tenemos que generar personas.

Con esto termino. Podrán pensar que es utópico, pero solamente suelto dos ideas. Ya existe en el Perú la ley sobre asignación de riesgos. Está absolutamente desarrollada, lo que pasa es que nadie la usa. Todo el mundo hace *copy* y *paste* sin una reflexión sobre asignación de riesgo en los contratos. Y segundo, ya existe un sistema de *softlaw*, generalmente aceptado, que no es otra cosa que las opiniones de OSCE, que no son leyes, pero todo el mundo las aplica.

Gracias, José.

José Feris: Simplemente, preguntarte por curiosidad, con relación al contrato Fidic que hablabas de los *dispute boards*, pero decías «pero no es suficiente». Una breve palabra sobre por qué no es suficiente, qué habría que añadirle a ese *dispute board*, sobre todo la última versión de Fidic, precisamente, de junta de prevención, no solamente de resolución.

Alex Campos: Lo que le falta al esquema Fidic, y yo asumo que es algo que muy pronto se aclarará, es algún esquema tipo *framework*, algún tema de alianza que haga, de alguna manera, una relación. No sé si un contrato tripartito, un contrato *framework*, pero, de alguna manera, es que haya una interacción con los otros agentes del proyecto. Eso es lo que le falta para hacer colaborativo.

José Feris: Muchísimas gracias.

Pasamos, entonces, a otra presentación, a otro tema, de suma actualidad, es el pan de cada día de los contratos de construcción, el tema de las garantías de fiel cumplimiento y el costo por el congelamiento de las líneas de crédito. Para abordar el tema tenemos a Ricardo Gandolfo.

Ricardo Gandolfo Cortés: Muchas gracias.

El tema propuesto es la garantía de fiel cumplimiento y el costo de las oportunidades perdidas por el congelamiento de la línea de crédito. Efectivamente, es un tema de mucha actualidad en el Perú de hoy, precisamente, porque dada la situación en la que nos encontramos por efecto de la pandemia que azota a todo el mundo y, en nuestro caso, adicionalmente, por los problemas de corrupción que han azotado las obras públicas, los bancos han endurecido significativamente sus exigencias y sus condiciones.

Según nuestra Ley de Contrataciones del Estado, lo que es mi especialidad, la contratación pública, nosotros, al suscribir un contrato, tenemos que presentar una garantía de fiel cumplimiento que debe tener las características habituales, incondicionadas, solidarias, revocables, de realización automática en el país, al solo requerimiento. Eso dice la ley.

El Reglamento le agrega un matiz adicional y dice que debe ser la entidad que lo emite no solo debe ser una empresa bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y estar expresamente autorizada a aparecer en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el BCR.

Eso dice la ley, pero el Reglamento agrega y dice: «también debe tener una clasificación de riesgo B o superior». Particularmente, me parece que es una exigencia que podría interpretarse como que la pone el reglamento en ejercicio de la facultad de regular la ley, que la propia ley la encarga. Pero también es cierto que eso no dice la ley y que podría interpretarse como una barrera de acceso al mercado, porque ya está circunscribiendo un poco la posibilidad de llegar a emitir esas garantías.

Una discusión que se plantea es si es carta fianza o póliza de caución, porque el Reglamento de la Ley de Contrataciones dice que las bases establecen el tipo de garantía. O sea, encarga en las bases, que es el documento con el que se convoca el proceso, que la entidad, al elaborar las bases, decida si puede aceptar póliza de caución o carta fianza, cualquiera de ambos documentos.

En el caso del Reglamento, a la Reconstrucción con Cambios que es un procedimiento especial que tenemos en el Perú, en la primera versión del Reglamento, en el año 2018 se decía lo mismo, que las bases decidían si era póliza de caución o carta fianza.

Luego se modificó el Reglamento, y en el año 2019, se dijo que era el postor el que decidía, de acuerdo a lo que le parecía más conveniente, si presentaba una póliza de caución o una carta fianza. Me parece que es una buena decisión abrir la posibilidad para que el postor, el contratista, decida lo que puede, lo que le es más conveniente.

Otro tema importante es el asunto del porcentaje, porque en nuestro ordenamiento jurídico actualmente vigente, esa garantía de fiel cumplimiento debe representar el 10 % del monto del contrato. Una suma que a mí me parece elevada, pero no solo a mí. Hace veinte años atrás, cuando no existía este régimen unificado de la Ley de Contrataciones del Estado y existía el Rulcop, el Regat, que son reglamentos que regulaban actividades específicas —Rulcop en el caso de obras, Regat en el caso de proyectos—, elaboración de proyectos y supervisión de obras, ahí la garantía de fiel cumplimiento era del orden del 5 %, la mitad.

¿Por qué pensar que debe ser la mitad? Es que la garantía de fiel cumplimiento tiene un objeto muy limitado de velar por aplicar las penalidades que no logras pagar de los descuentos y una serie de cosas, y sin olvidarse, además, que la entidad tiene hasta cinco medidas para protegerse, que ya sabemos. Lo primero, que deja de pagar; lo segundo, te aplica la penalidad del contrato; lo tercero, te resuelve el contrato y te pone de patitas en la calle; al cuarto lugar, te ejecuta estas fianzas; y en quinto lugar, te manda al OSCE para que te inhabiliten para contratar con el Estado. O sea, te acogota, te saca del mercado, te sepulta. Tú necesitas liquidez, dinero, necesitas que te paguen, vives de lo que cobras. Una garantía de fiel cumplimiento del 10 % es terrible, y más aún si compromete líneas de crédito.

Antes teníamos un fondo de garantía, no era la exigencia una carta fianza. Funcionaba, como sucede en todas partes del mundo: de cada pago que te hacía, te hacía una retención equivalente al 5 % del monto que te pagaban, ese dinero lo depositaba en un banco a tu nombre, pero no de libre disponibilidad y, desde luego, eso se iba incrementando con cada pago y eso constituía el fondo de garantía. Al final del trabajo, se veía si tenías deudas que cobrar, en fin, y se te ponía de libre disposición esa cuenta para que recuperes el fondo de garantía más los intereses que hubiesen generado.

Ahora sucede todo al revés. En estos últimos veinte años, como no te permiten poner fondo de garantía, te obligan a poner la carta fianza que, además, termina costando mucho más. En el fondo de garantía recibías todo tu dinero más los intereses, y en el sistema de la carta fianza pierdes una línea de crédito que tienes hipotecada, pierdes comisiones bancarias, pierdes costos financieros y terminas perdiendo mucho más de lo que debes recuperar.

Nosotros hemos insistido varias veces en que eso debe acabarse, permitirse que uno retire. En el pasado, ¿qué pasaba? Cuando tenías el fondo de garantía ejecutabas tu obra, ejecutabas tu prestación, hacías tu servicio y cuando este estaba avanzado hasta el 75 %, por ejemplo, ya podías pedir que te devuelvan tu fondo de garantía retenido, todo ese dinero y, más bien, sustituirlo por una carta fianza. Eso es lo que hacías antes. Te devolvían ese dinero, te permitían poner una carta fianza y recuperabas la liquidez que podías haber estado necesitando.

Ahora, claro, nos han aceptado. Han dicho sí puedes sustituir tu carta fianza, pero por la mitad. Han hecho un trámite totalmente complicado. La mitad puedes sustituirla, la otra mitad pones un fondo de garantía, que te hagan reducciones; no, la situación era a la inversa: cuando tú tenías el fondo de garantía, podías pedir en un determinado momento y decir que ya ha avanzado la obra, está en un 75%, por favor, liberen mi fondo de garantía, y yo le pongo acá una carta fianza en sustitución de ese fondo de garantía, y recuperar liquidez. Es a la inversa, es de la otra manera como debe funcionar eso.

Ahora, tenemos un problema mucho más serio todavía, que como se han puesto más rigurosas las condiciones del sistema bancario te dicen que tienes que poner el íntegro de dinero para garantizar tu carta fianza, se han vuelto más exigentes, con la agravante que las entidades, por su parte, no te devuelven tus cartas fianza.

Por ejemplo, con esto de la pandemia se han suspendido muchos contratos durante un año, dos años y siguen suspendidos. Entonces, le dices a la entidad del sector público que te ha contratado que no puedes seguir renovando la fianza. ¿Cómo se llama la fianza?: fianza de fiel cumplimiento, fiel cumplimiento del trabajo que estoy haciendo. No estoy haciendo ningún trabajo, señores. Entonces, esto me cuesta un montón de plata.

Entonces, yo le planteo: vamos a suspender la obligación de renovar la fianza. Si se renueva el contrato, renovamos el compromiso de activar la fianza. «No, señor. No puedo hacer eso. La ley no dice». Efectivamente, la ley no dice. La ley no se ha puesto en el caso de suspensiones, de pandemias ni de esas situaciones. Pero, entonces, qué hemos tenido que hacer muchas entidades o muchas compañías, o muchos proveedores del Estado, pedirle al árbitro: «Señor árbitro, mire lo que está ocurriendo. Por favor, ordénele a la entidad que me devuelvan las cartas fianza o que suspendan la obligación de renovarla porque estos costos, las comisiones financieras, son terribles».

Entonces, se encarece, pues, el servicio, pero no se encarece para mí. La otra vez un cliente me decía: «Esto me está costando más». Sí, pues, le está costando más. Usted es el dueño de la obra. Cuando una obra se encarece, le cuesta más al dueño. Entonces, cuando acá sucede, yo veo a algunos contratistas: «Uy, esta obra ya no me va a salir porque me están cobrando más costos financieros». Cóbrale a la entidad, pues. Si la obra se encarece, se encarece para el dueño. Construyo mi casa, viene el contratista y me dice que esta habitación, esta piscina, lo que fuese, va a costar más. ¿Quién va a pagar? Yo no lo puedo decir, pague usted porque ya quedamos en un precio. Va a costar más, se van a elevar los precios, tengo que pagar yo. Yo soy el dueño. Si las fianzas cuestan más, pues la entidad

tiene que pagar. Entonces, señores, para que a la entidad no le cueste más su fianza vamos a suspender esa obligación.

Eso es lo que se está pidiendo. Ya se logró en pequeñas y medianas empresas. Las pequeñas y medianas empresas, por ejemplo, en los contratos que suscriben al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado, pueden establecer un fondo de garantía, una fianza. Pueden decir: «Voy por el fondo de garantía». Nosotros decimos: «Oye, por qué las empresas pequeñas y medianas tienen esa posibilidad de recurrir al fondo de garantía». La ley es para todos. ¿Una empresa grande en qué se diferencia de una pequeña? ¿Saben en qué se diferencia? Porque da más trabajo a más gente. Eso es lo que hace una empresa grande. Posibilita, hace posible que se supere el conflicto social de dejar a la gente sin trabajo. Entonces, una empresa grande tiene más posibilidades de ayudar, de dar trabajo, de generar empleo, de activar la economía. Si necesitas liquidez que te den la posibilidad de que a ese fondo de garantía también tengas derecho.

Se ha planteado a las actuales autoridades, a las autoridades anteriores, y esperemos que eso se logre porque eso es muy importante para regresar al sistema que teníamos antes que tuvo mucho éxito. Primero, que te permitan activar el fondo de garantía, en lugar de la fianza de fiel cumplimiento, y que te permitan que el porcentaje sea 5 %, porque tienes otras medidas, como queda aclarado, para protegerte de esa posibilidad de que el contratista incumpla.

José Feris: Pasemos al último tema de nuestro panel, que va a tocar Eliana Rivarola, sobre el perito, del cual ya hemos hablado anteriormente, nombrado por el tribunal arbitral.

María Eliana Rivarola Rodríguez: Gracias.

Los peritos tienen que ser personas versadas con mucho conocimiento en el tema, arte u oficio en el cual se va a requerir su participación.

Como ustedes saben, hoy en día, sobre todo, la cantidad de controversias que se dan están relacionadas con temas de construcción de obras de gran magnitud y, mayormente, los tribunales arbitrales están conformados por abogados. A veces es difícil para ellos —no es tu profesión— entender temas técnicos porque las controversias, en la mayoría de los casos, son por problemas técnicos.

El doctor Campos hablaba de los contratos. Es cierto, hay que mejorarlos. Yo podría decir, en la experiencia que tengo, tantos años viendo contratos, se han mejorado bastante. Definitivamente, han ido mejorando, inclusive, antes no se tenía la cláusula de medio de solución de controversias. Hoy día ya está establecido, pero hoy en día la mayor cantidad de controversias que se dan por un mal expediente técnico.

Se puede decir que no existe ningún expediente técnico perfecto. Entonces, ahí es que vienen las controversias. ¿Y quién mejor que ayudar a un tribunal arbitral compuesto por tres abogados que un experto, un ingeniero?

Entonces, vamos a pasar a analizar cuáles son estas cualidades que debe de tener un perito porque sí es importante. Los profesionales pueden ser muy expertos en la materia, pero no necesariamente tienen que tener las cualidades para ser un perito.

Primero, de los profesionales, un conocimiento técnico suficiente, capacitado para la materia para la cual se le va a otorgar este encargo. Tiene que fundamentar adecuadamente y con claridad dentro del ámbito legal en que está la controversia.

Otra cualidad muy importante es la redacción y fundamentación. He estudiado en la Universidad Nacional de Ingeniería y en mi época no había cursos de letras, excepto legislación, y nunca más vimos un tema de letras. Redacción jamás vimos, eso de la época del colegio; sin embargo, para un

perito es muy importante la redacción y fundamentar teniendo en consideración que quienes van a leer el dictamen pericial van a ser personas que no conocen sobre la materia. Entonces, uno tiene que ser muy claro para que una persona pueda entenderlo. Debe tener un buen manejo de la comunicación oral porque tiene que saber expresar sus ideas, las razones en las que está basando su informe. A veces es difícil para un ingeniero expresarlo. Esa es una de las cualidades que, con el tiempo, un profesional que es perito va ir adquiriendo.

Finalmente, la mejor cualidad que, para mí, es lo más importante es la honestidad y la ética con la que trabaja cualquier perito, sin importar quién lo contrate, porque muchas veces los tribunales arbitrales consideran que un peritaje de parte no tiene tanta validez como uno de oficio; pero eso depende porque, en realidad, un perito debe trabajar en todo momento con mucha honestidad y con mucha ética.

Los principios en los que se basa un perito, como les decía, independencia e imparcialidad, como la actuación de cualquier otro actor de justicia, la labor pericial está sometida únicamente al imperio de la ley, gozando de total libertad para realizar su labor lejos de los intereses personales.

Este es un tema muy importante, donde los jueces, los miembros de tribunales arbitrales, y hoy en día, los miembros de las juntas de resolución de disputas, para elegir un perito, deben de conocer de la persona que van a elegir.

Tenemos la objetividad; su testimonio es subjetivo, evidentemente, pero debe basarse en pruebas, datos objetivos y contrastados, porque al igual que el tribunal arbitral, el perito va a resolver con base en documentos fríos.

Aquí es muy importante que las partes alcancen al perito la documentación necesaria y suficiente para que pueda tomar el debido conocimiento de la controversia y pueda emitir su decisión conforme a ley y de acuerdo a los hechos.

Como decía el doctor Vera, en realidad, hablando de las juntas de resolución de disputas que, actualmente, la ley ha contemplado, que me parece uno de los mejores mecanismos porque los adjudicatarios no le cuentan cosas: lo viven, constantemente visitan la obra, viven los problemas. Ese es un mecanismo que creo que ha sido una de las mejores decisiones del Estado incorporarlo dentro de la Ley de Contrataciones.

Tenemos la veracidad. El perito tiene la obligación de decir la verdad sobre los intereses de la parte de quien lo ha contratado. Particularmente, yo he escuchado muchas pericias, porque trato —y siempre lo he hecho—, de ser justa y veraz. Si algún punto no favorece, yo igual lo tengo que indicar porque para eso estamos los peritos: para decir la verdad de los hechos.

Responsabilidad. La magnitud de las acciones de la labor pericial deben ser afrontadas de forma consciente y asumiendo las consecuencias de las decisiones tomadas sobre el informe pericial.

Sobre la responsabilidad también debo de hablar sobre los plazos. Éste es un tema que también lo tocó el doctor Vera.

A veces, los arbitrajes demoran y demoran bastante. Sobre todo, dicen: «Ah, es que hay un peritaje». Pero no es porque sea que el perito se quiere demorar, es porque, a veces, las partes dificultan la labor pericial, no entregando la documentación que corresponde o entregándola incompleta, y con documentación incompleta es imposible trabajar. Es por eso que, muchas veces, cuando en los tribunales arbitrales se decide designar a un perito, las pericias demoran porque nos falta documentación. Nosotros, para emitir un fallo responsable, necesitamos tener todas las pruebas con las cuales vamos a sustentar nuestro trabajo.

Actuar incumpliendo cualquiera de los requisitos anteriores que les he indicado puede conllevar a la invalidez del testimonio del perito. Hoy en día, las procuradurías y los abogados de parte, a veces, se han especializado —lo podría decir así— en atacar al perito de oficio para tratar de anular esas pericias porque, de alguna manera puede no favorecer a las partes. Desgraciadamente, yo no entiendo por qué ese actuar, pero últimamente he visto muchos de esos casos.

Una vez dicho lo que significa ser un perito, las cualidades y los principios que rigen a un perito, se tiene que el peritaje es el examen que debe realizarse sobre un problema encomendado para luego entregar su dictamen con sujeción a ley, ya sea a un tribunal arbitral, a un juez o a una junta de resolución de disputas.

Este informe pericial tiene que ser una prueba totalmente independiente que se va a basar en la opinión y la experiencia del perito acerca de aspectos técnicamente complejos. Ya hace algunos años, por ejemplo, los adicionales ya son temas que un tribunal arbitral puede ver, igual en la junta de resolución de disputas, pero existen muchos otros temas —por ejemplo, tenemos las ampliaciones de plazo— que, definitivamente, un tribunal arbitral compuesto por abogados no va a poder analizar porque es un tema cien por ciento técnico. Entonces, tenemos para eso personas, peritos con la debida experiencia que pueden ayudar al tribunal a resolver. Pero, además de eso, tenemos muchos problemas; por ejemplo, cuando se trata temas técnicos con respecto al proyecto. Ahí se requiere ya de ingenieros especializados en este tema.

Ahora, la prueba, el informe pericial deberá tener algunos puntos. Por ejemplo, la procedencia. Se entiende como la necesidad de obtener un examen técnico, científico o artístico para conocer y entender mejor el hecho de influencia sobre la controversia suscitada. Es la necesidad del tribunal arbitral que él sabe que no va a poder resolver un tema técnico y va a querer la ayuda.

La proposición. Éste es un punto muy importante porque, muchas veces, por ejemplo, en el Poder Judicial, no lo digo mucho en el tribunal arbitral, pero sí en el Poder Judicial cuando solicitan un perito, no saben expresar el objeto de la pericia. Tal vez porque no tienen un apoyo técnico que les diga: «No es exactamente lo que tú quieres». Ya me ha pasado varias veces. Cuando he ido a revisar el expediente, terminé conversando con el juez y le digo: «Discúlpeme, señor juez —o señor fiscal—, pero lo que usted no requiere es esto, lo que usted me ha puesto. Usted requiere tal cosa», le tengo que explicar.

En los tribunales arbitrales es un poco más ligero porque, sencillamente, en la propuesta que el perito presenta tendrá que poner exactamente qué es lo que quiere, y si el tribunal no está de acuerdo con ese objeto, nos va a indicar que no es ese el objeto, sino otro.

El nombramiento. Puede ser, como les digo, el fiscal, juez, tribunal arbitral y, hoy en día, las juntas de resolución de disputas que, en muchos casos, por ejemplo, en estos casos de las ampliaciones excepcionales de plazo, las juntas de resolución de disputas han tenido que contar con el apoyo de peritos para que ayuden a dilucidar, por ejemplo, tanto los plazos como, sobre todo, los costos presentados por el contratista.

El diligenciamiento. Las partes y sus defensores pueden concurrir al acto de los reconocimientos periciales y expresar a los peritos las observaciones. Bueno, eso se da normalmente. Una vez presentada la pericia, las partes presentan sus observaciones, el perito tiene que responder esas observaciones, y luego presentarse a la audiencia de la exposición del informe pericial.

Y, para concluir, considero que el dictamen pericial es un documento muy importante, en realidad, que debe estar muy claro, resuelto acuciosamente, muy bien elaborado, para que lo entiendan profesionales como los abogados, que no conocen mucho sobre temas técnicos, pero que va a ayudarles a resolver la controversia presentada por las partes.

En definitiva, las pruebas periciales realizadas deben realizarse marcadas en la ley, deben ser independientes, objetivas e imparciales en todo momento, a pesar de quién sea la parte que lo contrate.

Muchas gracias.

José Feris: Muchas gracias.

Una cosa es el perito nombrado por el tribunal arbitral y otra un perito contratado por una parte. ¿Cómo se garantiza la independencia del perito nombrado por la parte? Esto es un tema de debate en algunas jurisdicciones donde no se cree mucho en el perito nombrado por la parte, porque se considera que es como un, por decirlo en inglés, *hired gun*, un arma contratada. ¿Eso es cierto o es un poco exagerado?

María Eliana Rivarola Rodríguez: La verdad yo no podría decir por otros peritos, pero, particularmente, creo que las personas que me conocen saben cómo hago mi peritaje. Tal vez no lo presenten; sí, en algunos casos, no lo presentan, pero en todo momento trato de ser muy veraz.

José Feris: Otra pregunta. ¿Es un riesgo o no que el perito se convierta en el cuarto árbitro y que sea el perito el que decida? ¿Cómo se da —en tu opinión— esta interacción entre el perito y el tribunal? ¿Cuál debe ser el rol de cada uno? ¿Debe el tribunal arbitral, simplemente, aprobar, sellar lo que le dice el perito en materia técnica?

María Eliana Rivarola Rodríguez: Bueno, no es un cuarto árbitro, ayuda a los árbitros. Lo que pasa es que mayormente los peritos recomendamos a los árbitros tomar esas decisiones. Los árbitros, con el conocimiento que tienen, aplicando la ley que corresponde, definitivamente, ellos tomarán la decisión, pero no es el perito quien toma la decisión, es el tribunal arbitral quien toma la decisión de acoger o no acoger las recomendaciones del perito.

José Feris: Una pregunta en el chat para Eric. ¿Ha habido casos de disputas que conozcas sobre recursos tales como el litio o el hidrógeno verde, en materia de nuevas energías?

Eric Franco Regio: Gracias por la pregunta.

Hay, o sea, el litio es un recurso, es un mineral, y el hidrógeno verde es una molécula que tiene nuevos usos. El hidrógeno existe hace mucho tiempo, el hidrógeno verde es nuevo. Entonces, puede haber controversias relacionadas con estos que sean relacionadas con el cambio climático o algo nuevo, o sean exclusivamente de controversias de las clásicas. No se me viene ahorita algún caso que yo haya visto, especialmente, con relación a estos temas, pero, seguramente, lo hay. Y, en caso de hidrógeno, va a haber más, y en caso de litio, por su importancia para las baterías, seguramente, ha habido. La pregunta es si tienen alguna arista particular, por ejemplo, que pueda clasificarse porque es de interés para algo en específico.

Lo que quiero decir con esta reflexión es que hay algunas controversias que por más que parecen nuevas, en realidad, son controversias clásicas sobre recursos naturales o, por ejemplo, en una planta de hidrógeno verde, será una controversia sobre si la planta está produciendo tal cantidad de hidrógeno verde o con tal eficiencia, o si la máquina para producir —que se llama electrolizador— está funcionando según ciertos parámetros. Esas son, digamos, controversias clásicas. El hecho de estar con un elemento nuevo puede dar cierta apariencia de novedad.

José Feris: Tengo una pregunta para Eliana. La consulta es si hay algunas prácticas o recomendaciones que deberían tenerse en cuenta para requerir documentación para el análisis y el informe pericial.

María Eliana Rivarola Rodríguez: Todo depende de la pericia que a uno le van a entregar. Por ejemplo, para una licitación, definitivamente, necesito tener absolutamente todas las valorizaciones, y completas, no solamente el resumen, sino la planilla, el expediente técnico es muy importante, las

bases, los términos de referencia, el contrato. Y cuando es una ampliación de plazo algo necesario es el calendario de avance de obra actualizado al momento de la solicitud de la ampliación de plazo, y el cuaderno de obra y el expediente. Todo depende de cuál es el caso. Por ejemplo, el de daños y perjuicios que hablaba tanto el doctor Gandolfo, que sí me ha tocado casos sobre ese tema. Es cierto, esas cartas de garantía, esas cartas de fiel cumplimiento son un costo muy fuerte. He realizado varias pericias al respecto y por eso puedo decir que es cierto. Realmente, es un costo muy elevado que, de alguna manera, considero que debe asumirlo la entidad. Los casos cuando la responsabilidad de la demora es de la entidad porque sí son costos muy fuertes, pero para eso se requiere todo sustentado.

José Feris: Y una última pregunta para Ricardo, comentando sobre su exposición.

El sistema de la garantía de fiel cumplimiento, de las garantías bancarias, es conocido mundialmente. Bueno, se habla del caballo de Troya de los proyectos de construcción, esa amenaza constante de ejercer la opción nuclear. Se ha identificado como que es dañina para la relación en los proyectos de construcción. En la alternativa que propones, que ya existía y que ahora existe para las medianas y pequeñas empresas, ¿en qué cambia al momento de la ejecución, cuáles son los recursos que tiene el dueño de la obra en caso de incumplimiento? Cuéntenos un poco cuál es el funcionamiento.

Ricardo Gandolfo Cortés: Fíjate, el esquema es idéntico. Exactamente igual. Lo que sucede es que en lugar de tener un intermediario que es el banco, que te va a garantizar, tú mismo te garantizas porque el banco está poniendo a disposición del cliente una determinada cantidad de crédito y le dice: «Yo respondo por este señor hasta por este monto». Entonces, lo que haces es, simplemente, decir: «Ese monto yo te lo voy construyendo mes a mes, en las oportunidades que me vas pagando te voy afianzando ese monto en una cuenta y ahí tienes la garantía. O sea, exactamente, lo mismo.

Y hay un tema, si me permites, muy corto que no llegué a decir, que es el tema de las oportunidades perdidas por el congelamiento de las líneas de crédito. Sucede que ahora en el Perú hay muchas empresas que tienen sus líneas de crédito congeladas. Y líneas de crédito fuertes de cinco millones de dólares, diez millones de dólares. ¿Por qué las tienen congeladas? Porque tienen fianzas en proyectos que no caminan, están suspendidos. Entonces, el banco dice: «Ya no te doy más fianzas». El problema acá es el siguiente: esas empresas quieren participar en nuevas licitaciones y no pueden porque no tienen acceso a líneas de crédito.

Yo digo, hay que analizar las oportunidades perdidas. Les he dicho a muchas empresas que tienen que analizar su nivel de rendimiento, su *rating* de rendimiento, o sea, decir: «Yo me presento a tres licitaciones cada tres meses o a una licitación al mes, o a una cada semana». Entonces, mi nivel de éxito es tal, así estoy. Como consecuencia de que tengo la línea de crédito congelada, acá están las pruebas, le he pedido al banco, el banco me ha dicho que no me puede dar y yo no he participado en esas licitaciones. Hubiera podido ganar estas licitaciones. ¿Cuánto es mi utilidad en esas licitaciones que hubiera podido ganar? Entonces, yo le reclamo a esa entidad ese monto. Ese es el costo de las oportunidades perdidas.

Entonces, ahí también hay una ventana para reclamar, en la vía arbitral, desde luego, como se reclama acá, todas esas cosas.

Gracias.

José Feris: Excelente conclusión materia de reflexión, evidentemente, que tendremos que llevarla fuera del panel porque creo que ya hemos agotado el tiempo.

Con esto le damos fin al panel.

PANEL II: JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Perfil y habilidades del adjudicador

*César Guzmán-Barrón Sobrevilla*¹

Luces y sombras en la junta de resolución de disputas en la normativa de contrataciones con el Estado

*Briana Canorio Calderón*²

Problemática actual de la junta de resolución de disputas y propuestas

*Carlos López Avilés*³

De JRD facultativa a obligatoria: un nuevo enfoque de gestión de disputas en los contratos de obra pública

*María del Carmen Padilla*⁴

Elementos clave de las JRD y su administración

*Marco Gálvez Díaz*⁵

Las tres herramientas determinantes que tiene las JRD para un proyecto exitoso

*Ahmed Manyari Zea*⁶

¹ Magíster en humanidades y abogado con más de treinta años de experiencia en el ámbito de las negociaciones, evaluaciones y gestión de conflictos. Es mediador, conciliador, facilitador y árbitro. Es director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es docente universitario en pre y posgrado en cursos de arbitraje nacional e internacional, solución de conflictos socioambientales, comercio internacional y de negociación, conciliación en diferentes universidades del país. Es especialista en la aplicación de mecanismos de solución de conflictos no judiciales: negociación, facilitación, conciliación, arbitraje, creación de consenso para la búsqueda de soluciones integrativas en controversias comerciales y también socioambientales en proyectos de grandes obras de infraestructura, de construcción y proyectos extractivos.

² Abogada por la Universidad de Lima. Arbitra en la Cámara de Comercio de Lima, en AmCham Perú y en CARC PUCP. Fue representante del Grupo de Young Arbitrators en la Cámara de Comercio Internacional, Integra hoy el grupo de trabajo de la Comisión de Arbitraje y ADR, también de la Cámara de Comercio Internacional.

³ Ingeniero civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con cuarenta años de experiencia en la ejecución, gerenciamiento y supervisión en obras. Docente universitaria de pre y postgrado.

⁴ Abogada con más de 10 años de experiencia en función de proyectos de infraestructura, resolución de conflictos. Máster en contratación pública por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Estudios en Maestría de Regulación de Servicios Públicos y en Gestión de Infraestructura por la Universidad del Pacífico. Arbitra y consultora en contratación pública.

⁵ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Realiza asesorías en temas de construcción y administración contractual. Ha sido secretario arbitral de la Cámara de Comercio de Lima, asesor de Cosapi y, actualmente, es subsecretario general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

⁶ Abogado y magister por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro de la lista de adjudicadores de la Cámara de Comercio de Lima. Con especialización en Construction Project Management por la Universidad de Columbia, Estados Unidos. Miembro del Consejo de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Fue asociado del Estudio de Campos Arbitraje y también del Estudio Bullard Falla & Ezcuerria.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Quería dar la bienvenida a los panelistas y a todos los que están aquí presentes en esta parte del evento.

Es una satisfacción presentar la junta de resolución de disputas. Allá por el 2012, en que recibíamos en el Centro unas solicitudes que no entendíamos y que, al final, le llamamos «conciliación decisoria», saqué una resolución, siendo director, para esta conciliación decisoria. Al año siguiente me enteré de que esto era junta de resolución de disputas y en esa época no tenía ese nombre, sino solamente *dispute boards*. Entonces me interesó reunirme con un grupo de ingenieros, abogados, especialistas en el tema y, entre ellos, Carlos López y varios de los que han expuesto en este congreso, pero no los que están necesariamente aquí presentes. Elaboramos el primer reglamento de junta de resolución de disputas, denominada así por nosotros, le creamos ese nombre aquí en el Perú porque se llamaba *dispute boards* en todo el mundo, y sacamos el primer reglamento.

A partir de ahí empezamos a acercarnos al Ministerio de Economía y Finanzas para que esta junta fuera una realidad. No puedo olvidar las conversaciones de diálogo que tuvimos con varios de los funcionarios, tanto del ministerio como del OSCE, y tuvo que venir un extranjero —cosa que siempre pasa en nuestro país— para que explicara lo mismo que le explicábamos nosotros. Y esto permitió que, finalmente, el ministro de Economía de aquella época comprendiera la importancia de la junta de resolución de disputas generada por el 2016. Pasaron cuatro o cinco años.

Y, finalmente, el Gobierno, en la Ley de Contrataciones del Estado y antes en otra norma previa, aplica o pone en práctica la junta de resolución de disputas, todavía como algo opcional.

Con el tiempo, dada la experiencia obtenida en lo opcional, todos sabemos, se convierte en obligatorio para determinados tipos de nivel de contratos en obras públicas de hace, más o menos, dos años.

Por tanto, siendo hoy día la junta de resolución de disputas un instrumento obligatorio para varios contratos del Estado, varios de los aquí presentes han tenido ya oportunidad de experimentar esta obligatoriedad y de atender esta nueva forma de resolución de disputas en obras de construcción.

En consecuencia, tratar el tema ya no en teoría, sino con una experiencia práctica, aunque ya nos llena de satisfacción de haber sido, de alguna manera, los que inicialmente movíamos esta fórmula y, en segundo lugar, porque ya hay experiencia. Ya hoy día no es teoría.

Hoy día la Cámara de Comercio de Lima se ha resignado, ha establecido una lista de junta de resolución de disputas. Originalmente, se resistió un poco; el Colegio de Ingenieros también; y, evidentemente, el que originalmente tuvo su primera lista y su primer reglamento —como ya lo señalé— fue el Centro de la Católica. Y entiendo que Karina también, en el centro donde ella está.

Es decir, empezamos todos a sumarnos a esa nueva fórmula de solución. La gran pregunta que nos hacemos es: ¿está funcionando? ¿Es útil? ¿realmente es aplicable a la contratación pública? Y varias de éstas y más preguntas van a responder nuestros panelistas. Por eso, me parece fundamental este tema. ¿Cuál es la problemática? ¿Cuáles son las probables propuestas para su mejor funcionamiento? Y ahí hay un tema que va en la recta final —para que no nos vayamos— porque nos pone un tema que me parece fundamental, tres herramientas para luego probar qué es una junta de resolución de disputas. Vamos a ver cuáles son estas.

Sin embargo, yo creo que hay una herramienta fundamental que no es una herramienta: son las personas. Recuerden todos, a nivel mundial hay un dicho muy conocido: «El árbitro hace al arbitraje y el arbitraje hace al árbitro». Mi pregunta sería: ¿la junta de resolución de disputas hace al adjudicador y el adjudicador hace a la junta de resolución de disputas? ¿Todos podemos ser adjudicadores?

El legislador peruano, porque eso no existe en otros países, consideró que era necesario que sea arquitecto. Con lo cual a todos los abogados nos sacaron de la escena, pero sí podemos acompañar a la junta siendo parte de la junta.

Pero quien preside en el caso de obras públicas tiene que ser un arquitecto o un ingeniero. Por eso es que Carlos López ahora nos puede contar una experiencia personal por su condición, precisamente, en esta profesión.

Sin embargo, los que somos abogados solo podemos señalar nuestra experiencia acompañando o siendo parte de una junta, pero no necesariamente presidiéndola, hablando, evidentemente, de la junta de resolución de disputas, en comparación con el arbitraje. Y por eso me he permitido hacerles una pequeña presentación para hablar, precisamente, de las habilidades del adjudicador.

Me parece que cualquiera no puede ser adjudicador. Hay ciertas habilidades que hay que tener. Yo puedo ser un excelente abogado, pero les garantizo que eso no quiere decir que sea un buen adjudicador. Por eso me permito ahora presentar esta propuesta de lo que considero que debe ser el perfil del adjudicador y lo que considero que deben ser las habilidades del adjudicador.

Vamos a ir recordando, primero, las funciones, roles y retos de las habilidades prácticas del adjudicador en contratación pública y obras públicas.

Podría hacerles tres preguntas y nos quedaríamos acá conversando, pero lo voy a dejar solo como pregunta: ¿cuáles son las funciones y roles del adjudicador? Ustedes dirán: «En la norma dice: tal, tal, tal, tab». Yo creo que esto es absolutamente insuficiente.

¿Qué habilidades debe tener? Hay normas de obras de las que no entiendes nada. De eso es de lo que quiero tratar.

¿Qué labores prácticas debe desarrollar? Pues aquellos que son adjudicadores se habrán enterado en el camino cuáles son.

En primer lugar, las funciones están en la norma: emitir decisiones, absolver consultas, efectuar visitas, etc. Funciones, fundamentalmente, que van en dos líneas: prevenir y resolver conflictos en obras de construcción pública.

Tiene un rol preventivo en el periodo de vida del proyecto porque la asesoría que desarrolla debe prevenir conflictos. ¿Lo hace? No lo sé; tiene un rol en caso de crisis, es decir, cuando ya se produce el conflicto; y tiene un rol resolutorio, cuando dicta resoluciones técnicas y viables. Por el tema de lo técnico se ha detectado que el arquitecto le genera utilidad. Y, finalmente, de seguimiento, cosa que no está en la norma, pero que a mí me parece fundamental. El seguimiento para que aquella decisión adoptada o aquella pueda llevarse a la práctica.

Lo que hago a partir de aquí es el rol de cada uno de ellos, más allá de lo que dice la norma, y les pediría que lo revisen cuando ustedes lo crean conveniente. La JRD puede ejercer su función consultiva. Esta es una función fundamental, esencial porque, precisamente, va en la línea de prevenir.

Lo ideal en una JRD es que no haya que resolver conflictos. Lo ideal es que la función preventiva sea suficiente, por tanto, el adjudicador debe tener habilidades para resolver, para participar de esa manera.

Como tenemos la imagen de árbitro que resuelve o del juez que resuelve, creemos que el adjudicador tiene que resolver. Falso de toda falsedad. Lo que tiene que hacer el adjudicador es prevenir, evitar, al hacer su labor consultora, que se produzcan conflictos.

Alcances de ese rol preventivo. En sus relaciones con el propietario de la obra y con los trabajadores de la obra. Aquí tengo una propuesta, y es que me parece que el adjudicador debe ir más allá. Hoy muy ciertos casos están en el mundo de los conflictos mineros, por ejemplo, y por la experiencia que tengo en los conflictos mineros, el adjudicador podría ser el perfecto tercero que solucione este tipo de conflictos que van a tratar de reponer, pero que es mi propuesta formal, en tiempo de crisis, realizar todos los esfuerzos para llegar a la zona lo más pronto posible, analizar las dimensiones y proponer acciones concretas.

Rol resolutorio. Ya cuando tienen que seguir este procedimiento para aclarar los hechos y cuestiones y seguidamente dictar una resolución.

Rol de seguimiento. Esto dónde está. Verificar que las partes implementen la recomendación o decisión. Es decir, el adjudicador ha recomendado, ha sugerido y lo que debería hacer es estar detrás para ver si es que aquello que sugirió, fue entendido y se aplicó, y permitió, precisamente, que la obra continuara, e informar a las partes acerca del cumplimiento de las decisiones, generando confianza, que es fundamental. Es como un conciliador, tiene que generar confianza en las partes y transparentar la información para evitar tergiversaciones.

Esas condiciones son fomentar la transparencia, mucha controversia tiene que ser, obviamente, transparente. Sí, el proceso de adjudicación tiene que ser absolutamente transparente. El adjudicador debe ser autónomo, independiente e imparcial. Esto lo sabemos muy bien, qué significa aquello, no tener ningún conflicto de intereses.

Aquí sí entro a la novedad. ¿Cuáles son las habilidades que, en mi opinión, debe tener un adjudicador? Y yo le preguntaría a todos los que están aquí presentes: ¿tenemos estas habilidades?; ¿las hemos practicado al inicio de la función, durante el ejercicio de la función, de llevar actas de visitas en caso de obras privadas, a adoptar decisiones y habilidades de comunicador? El adjudicador que no es un buen comunicador que se dedique a otra cosa.

¿Cuál es el perfil? No voy a resolver el perfil. Les voy a hacer preguntas: ¿debe tener experiencia en este tipo de proyectos?; ¿debe tener conocimiento sobre contratos?; ¿debe tener disponibilidad para viajar?; ¿debe tener disponibilidad para dar opiniones?; ¿debe tener experiencia en formación de resolución de conflictos?; ¿debe ser independiente y mostrado con hechos y no con cartones?

¿Qué habilidades debe tener el adjudicador al inicio de la función? Les dejo preguntas: ¿cómo familiarizarse con las obras y el proyecto, su localización, los documentos contractuales?; ¿cómo hacer que domine totalmente la obra en términos formales y en términos técnicos?; ¿cómo asegurarse de que las partes entiendan cuál es su función? Recuerdo que Carlos nos comentaba los primeros días que tenía dificultades de que entiendan cuál es su tarea, sobre todo el supervisor que se sentía casi invadido; ¿cómo lograr que las partes se familiaricen con los alcances de sus obligaciones y compromisos?; ¿cómo puedo lograr la ayuda y la cooperación de las partes? Voy a dar una respuesta luego.

Las habilidades en el ejercicio de su función: ¿qué hacer ante una llamada del gerente general que quiere presionar para que la obra termine pronto? Y estas son experiencias reales; ¿cómo gano inspirar confianza con las partes en el proceso?; ¿cómo ayudo a crecer un agente de realidad?; ¿cómo lograr el intercambio de toda la información posible y verificar que todos la conozcan?; ¿qué habilidad le permite asegurarse de que los temas han sido comprendidos por ambas partes? Y también tendrá que mantener habilidades en llevar las actas: ¿quién lleva las actas?; ¿quién las redacta?; ¿cómo se leen?; ¿cómo se hace un seguimiento al asunto?

Se va a demostrar también habilidades en las reuniones privadas: ¿cabe que el adjudicador tenga reuniones privadas con una parte y luego con la otra? Yo creo que sí, en la medida en que lo dijo en el primer día. «Yo voy a tener en algún momento reuniones privadas, en aceptación de ustedes y con conocimiento de ustedes para lograr mejores resultados».

¿Cómo evitar perder confianza y en qué medida puede ser útil?; ¿qué habilidades debería tener el adjudicador para lograr soluciones viables? Sea producto o en absolución de su consulta o sea producto de la resolución que dicte, es decir que sea real, realistas y viables porque la obra va a continuar, la obra debe tenerla a tiempo. Acá hay un gran reto. Esa resolución tiene que ser de aplicación inmediata y que sea entendible, que sea sostenible, que procure que realmente se cumpla.

¿Qué habilidades de aplicación debería tener, por tanto, el adjudicador? Ustedes dirán: «Doctor, estamos en un congreso de abogados». Está bien, pero si quieres ser adjudicador y no tienes esas habilidades, yo diría que las practiques o que trates de tenerlas porque si no lo que vamos a hacer es, simplemente, cumplir con sus cualidades.

¿Qué habilidades creo que debe tener el adjudicador? Debe tener habilidades para informar, para expresar intereses, para expresar emociones, para motivar y para controlar conductas. Ese es un proceso de facilitación que debe tener el facilitador.

La siguiente tiene que ver con generar condiciones para que establezca el diálogo entre las partes, porque si las partes no dialogan, si las partes no conversan, si las partes no tienen todo transparente, ¿a qué vamos a llegar? ¿A un tercero libre e independiente totalmente ajeno, como a veces sucede con el árbitro para resolver?

¿Qué herramientas de comunicación debiera dominar el adjudicador? Aquí me quedo un momento, porque es la pregunta que le haría a todos aquellos que adjudican, si tienen: escucha activa, uso de la paráfrasis, formular preguntar, replantear. ¿Qué es la escucha activa? La escucha activa es escuchar con los cinco sentidos, no solamente con los oídos, con la vista, con la boca, con toda nuestra presencia. Ser conscientes de que debemos de escuchar mostrando a la otra persona que les interesa escuchar. Esto contribuye a que ustedes, adjudicadores, y yo como adjudicador, alcance un tema de apertura y confianza entre las partes. ¿Qué es la paráfrasis? Es recoger la información relevante expresada por las partes y darle importancia a toda la presentación que las partes realizan. Es una obligación o comentario que se hace para aclarar algo que es difícil de entender. Por ejemplo, «déjeme ver si lo comprendí»; «entonces, lo que no podría estar diciendo es»; «para usted lo importante es».

Es decir, evidentemente, esto se practica, esto se utiliza y es fundamental para recoger la información adecuada y absolver las consultas o resolver adecuadamente.

La otra habilidad que nos parece fundamental son las preguntas. Preguntar es una habilidad y hay diferentes tipos de preguntas. Hay preguntas abiertas, hay preguntas cerradas. Preguntas abiertas como: por qué, para qué, quién, cómo, dónde. Preguntas cerradas para quien pregunta por sí o no. Preguntas circulares, preguntas reflexivas. Si el adjudicador no sabe utilizar este tipo de preguntas, mañana, pasado o nunca se enterará qué es lo que está sucediendo y replantear.

Es decir, si estamos frente a posiciones duras, es difícil cambiar, el adjudicador debe tener la habilidad de saber replantear. Demuestra que está escuchando, desactiva el enojo, desactiva la preocupación porque sabe cómo hacerlo.

Conclusiones. He querido ser sumamente breve, y espero, de alguna manera, generar alguna reacción, por aquellos que queremos ser adjudicadores, para entender que para ser adjudicador no basta con tener títulos o cartones, sino lo fundamental es tener habilidades blandas, como se denominan, cualidades especiales para escuchar, y habilidades extraordinarias para comunicar. Por eso es que mis conclusiones son muy simples: las habilidades del adjudicador son fundamentales para lograr un resultado eficiente en el desempeño de sus funciones y sus roles. Todos tenemos habilidades, tenemos nuestro estilo de vida, tenemos nuestro estilo de trabajo, pero no olvidemos que lo ideal es prevenir conflictos antes que decidir. El adjudicador, a través del uso de estas habilidades, las que he mostrado rápidamente, genera confianza y ayuda a las partes a llegar a un acuerdo, y así las obras terminarán a tiempo sin costos adicionales, salvo los indispensables.

Podemos dictar todas las directivas que quieran, todas las normas que deseen, pero aquí el papel fundamental, la piedra esencial es un adjudicador que sea un excelente comunicador, que sea un excelente mediador, que sea una excelente persona, que tenga empatía y todas las cualidades y habilidades que hemos señalado.

Quiero, por eso, en este congreso, dejar en claro que así como en el arbitraje el árbitro es fundamental, en la adjudicación, el adjudicador es fundamental y por eso debe contar con habilidades para ser adjudicador.

Preguntemonos aquellos que hoy día adjudicamos si tenemos esas habilidades y si podemos llevarlas a la práctica para que los resultados sean a tiempo y técnicamente adecuados, de forma tal que los objetivos de la adjudicación —que son tan importantes, y ahora ya se verán de una manera más de fondo por los expositores, a quienes les voy a dar la palabra— logren los resultados esperados en nuestro país: obras terminadas a tiempo, obras sin otros costos que no sean los indispensables y, por tanto, satisfacción en la población en todas las necesidades esenciales que tenemos de infraestructura en el país.

Muchísimas gracias por haberme escuchado y espero, simplemente, haber generado este deseo y esta necesidad importante de contar con habilidades para ser adjudicador.

Vamos ahora a escuchar estas exposiciones de fondo a cargo de nuestro panel, y para eso voy a dejar una pregunta al panelista para que esta parte de nuestro congreso, digo «nuestro» de cariño, tenga realmente un resultado eficiente. Primero, vamos a ceder la palabra a Briana Canorio Calderón. La pregunta es esta: ¿la junta de resolución de disputas es el mecanismo que esperábamos para venir y resolver controversias en los contratos de obras públicas o es un fracaso?

Briana Canorio Calderón: Gracias.

Yo creo que sí. Voy a tratar, de alguna manera, de expresar mis argumentos, en este espacio que tengo, para decir que la junta ha llegado. Es el mecanismo que creo que esperábamos, justamente, como un mecanismo adecuado para la resolución, prevención, sobre todo, de controversias, que se pueda generar en la ejecución de contratos. Y, más aún, sobre todo en contratos de obras públicas.

Un poco poniéndonos en contexto. El título lo elegí porque creo que ya desde el año 2016 hubo una luz sobre el tema de la ejecución de contratos de obras públicas, justamente, al incorporarse en la Ley de Contrataciones del Estado esta figura que, en verdad, tiene un poco sus cimientos y semejanzas al *dispute board*, pero que no es propiamente un *dispute board*.

Entonces, ¿qué hizo nuestra normativa de contratación pública? La incorporó como una figura, como un mecanismo más de solución de controversias, pero aplicado a la ejecución de obras públicas.

Luego de haberse regulado tanto en la Ley como en el Reglamento, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, el OSCE, emitió una directiva en la que trata de desarrollar un poco más con normas complementarias cómo se regularía esta figura.

Siempre todas las normas de contrataciones han ido evolucionando, cambiando. Se han cambiado muchos artículos, tanto de la Ley y el Reglamento, estoy hablando específicamente de la Ley n.º 30225. Y como proceso de cambio tenemos una nueva directiva que regula la junta de resolución de disputas.

Esta nueva directiva, que es la que está vigente, la 012-2019, trata de regular todos los vacíos que la norma ha dejado y, sobre todo, trata de regular, en mi opinión, un poco más allá de lo que debe también.

Como parte de estas modificaciones, el año pasado, en septiembre 2020, hubo la última modificación que fue el Decreto Supremo n.º 250-2020, que ha traído algunos cambios, vamos a ver más adelante. La junta de resolución de disputas el primer hito que hace, justamente, fue el incorporarse en nuestra normativa de contratación pública. ¿Para qué? ¿Para promover como mecanismo más de resolución de conflictos? Yo creo que no. Yo creo que es un poco resaltar la figura preventiva, esa figura consultiva que muchos dicen, y la cual se debe valorar porque aquí tenemos a un panel de miembros, quienes acompañan en el día a día de la obra, y que tienen las mejores herramientas, el mejor conocimiento de la obra, para que en el momento que surja cualquier duda, o durante la ejecución del contrato, ellos puedan ayudar a resolverlas. Si, finalmente, surge una desavenencia, ellos tendrían los mejores elementos para resolver esa disputa.

La incorporación de la junta de resolución de disputas en la normativa de contratación pública era un poco más por acuerdo de las partes. Luego, se puso como una valla que sea obligatorio hasta por determinado monto.

La elección de los miembros de los paneles siempre se pide que sea por acuerdo de las partes, pero en caso de falta de acuerdo de las partes vemos que los que ingresan son los centros. Y justamente aquí es un poco distinto, donde se propone la participación de los centros a que ayuden a administrar a la junta de resolución de disputas. Y es la directiva la que, básicamente, regula todas las normas, los requisitos y cómo deben funcionar estos centros.

Les comentaba que hubo una última modificación el año pasado. Antes, cuando no había en el contrato original una cláusula de junta de resolución de disputas, de manera voluntaria, para aquellos contratos con montos contractuales iguales o superiores a cinco millones, las partes podían incorporarla. Pero si los montos contractuales eran superiores a veinte millones, ya era obligatorio.

En, cambio, la última modificación se dio justamente época de pandemia, donde hemos visto, de un momento a otro, que muchas obras quedaron paralizadas. Entonces, era necesario activar algunos mecanismos para que nuevamente se retornara con la ejecución de la obra y es ahí que hay un cambio normativo para que en contratos con montos contractuales inferiores o iguales a veinte millones sea de manera voluntaria por las partes y obligatorio para los contratos con montos contractuales superiores a veinte millones. Había muchos contratos donde las partes tuvieron que incorporarla de manera voluntaria porque necesitaban que esas obras se continúen ejecutando. Esa es una de las modificaciones que se ha dado recientemente el año, pasado en septiembre.

Para el tema de los miembros del panel, a falta de acuerdo de las partes —lo ideal, obviamente, es que las partes se pongan de acuerdo tanto sea el número de los miembros del panel—, solo para aquellos contratos con montos contractuales iguales o superiores a cinco millones y menores a cuarenta millones se establecía que era un único miembro, y tres miembros cuando el contrato era superior, cuyo monto contractual podría ser igual o superior a cuarenta millones. Esto también, con la última norma, fue modificado. Se permite que un solo miembro puede ser para contratos con montos contractuales menores a cuarenta millones y tres miembros con montos contractuales iguales o superiores a cuarenta millones.

La figura de la administración de la junta de resolución de disputas, en la directiva, se regula a través de los centros. Se dice que en la designación del centro lo ideal es que sea como un acuerdo de las partes. A falta de acuerdo o en caso de duda cualquiera de las partes está en la plena disponibilidad de ir a un centro y solicitar su administración. Los requisitos para ser un centro que administre una junta de resolución de disputas se encuentran en la directiva.

Y aquí quiero detenerme, porque esto se lo he escuchado a muchas personas. Sabemos que hay centros y centros de administración de junta de resolución de disputas. Hay centros que, por sus años de experiencia, están muy bien catalogados en el mercado, y también sabemos de centros que, a veces, se crean de la noche a la mañana.

Aquí la directiva ha tratado de tener ciertos lineamientos, justamente, por estos centros, pero que también puede ser, de alguna manera, discutible porque son unos requisitos que fácilmente podrían cumplir. Y aquí, como podemos ver, se dice que un centro puede ser una persona jurídica con fines de lucro, tener cuatro años de experiencia actuando como una institución arbitral, le basta tener solamente un Código de Ética, tener un Registro de Adjudicadores Nacionales e Internacionales, y aquí le pone que, de alguna manera, se detalle la experiencia y especialidad de estos adjudicadores. Se debe contar con una tabla de tarifas, de honorarios administrativos del centro, se debe tener un panel de profesionales que, justamente, brinde el soporte para la administración de la junta y tener una infraestructura mínima, donde te pide, básicamente, como cinco ambientes: uno para realizarse la audiencia, otro para donde se encuentre todo este personal administrativo que pueda servir como soporte, otra sala donde tienen que reunirse los adjudicadores, y así te va poniendo ciertos criterios, y basta con que tengas una página web y un correo electrónico.

En mi opinión, son un poco discutibles estos requisitos, por todo lo que ya hemos vivido con algunos centros de arbitraje que se han creado para fines, a veces, un poco oscuros, pero esperemos que eso no pase con la junta de resolución de disputas.

Finalmente, el OSCE dice que en su portal va a difundir todos los centros que prestan el servicio de administración de juntas, al cual las partes pueden recurrir y ver qué centros, revisar sus reglamentos también porque es muy importante que las partes también conozcan los reglamentos de los centros, los miembros que integran sus listas y su tarifa de honorarios. Una de las funciones primordiales de este centro es, dice, registrar a los miembros de la junta, verificando que cumplan con los requisitos establecidos en el reglamento.

Y aquí, un poco detenerme y tomando, de alguna manera, las preguntas que nos ha dejado el doctor Guzmán, cuando nos decía «basta», justamente, que estos miembros, por ejemplo, en el reglamento te dice: «Si en este caso es un solo miembro, puede ser ingeniero o arquitecto, nos pone con conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, no sé qué, a veces, nos lleva a una zona gris que se puede entender con conocimiento de la normativa, o sea, que sepa un poco de la legislación nacional, se podría decir, y que tenga conocimiento en materia de contrataciones del Estado.

Y en el caso de tres miembros, se pide el mismo requisito que para el único miembro, para el presidente, y que los demás miembros deben ser expertos en ejecución de obras.

Y acá todos nos preguntamos cómo se puede acreditar ese conocimiento. Son los centros, los que, de alguna manera, tendrían que regularlo para que, al momento de integrar cualquier miembro a su lista le van a pedir cursos de actualización para que acrediten el tema del conocimiento en materia de contrataciones del Estado, o cómo pueden acreditar los otros dos miembros expertos en la ejecución de obras. Bastaría con, de repente, solamente cursos o que demuestre un ejercicio en la práctica.

Entonces, no sé cómo están aplicando los centros esos requisitos. He tratado de buscar en diferentes centros cuáles son los requisitos o qué documentos presentar si tienes cierto interés de integrar un registro de adjudicadores. El año pasado solo recuerdo que abiertamente la Cámara de Comercio de Lima, cuando hizo el lanzamiento de su Reglamento de Junta de Resolución de Disputas, invitó, hizo una convocatoria abierta, pero, por ejemplo, no sabía y veo que también tenemos ahí como expositor al secretario adjunto de la Cámara, y de repente él nos puede platicar sobre el tema de cuáles son los requisitos. Si alguien en este momento quisiera ser adjudicador, qué documentos le piden. ¿Cómo y dónde lo podemos encontrar, y así es como que nos deja una serie de interrogantes que ahorita yo no lo he visto regulado, cuando he podido ver en las páginas de los centros de las juntas de resolución de disputas.

Un poco más de las funciones de los centros. Estos, obviamente, se encargan de designar a los miembros de la junta, en caso de reemplazo de las partes, y puede ser porque se haya recusado algún miembro de la junta y, de repente, la recusación haya salido fundada o, simplemente, haya renunciado. Otra de las funciones de los centros es la de resolver, obviamente, la recusación desde sus miembros,

supervisar el cumplimiento de los principios éticos. Cada centro, eso sí, tiene un código de ética, da un soporte logístico, es responsable de todo el expediente por un plazo de diez años, desde que culmina la junta de resolución de disputas de hacer su trabajo.

Y aquí hay una cosa que he preguntado incluso al OSCE, porque pude hacer un *paper* sobre junta de resolución de disputas. Actualmente, el OSCE no ha recibido —y un poco para los centros también— resoluciones emitidas cuando se resuelven recusaciones de los miembros de la junta de resolución de disputas o es que no hay hasta ahorita, de repente, ningún centro ha resuelto una recusación, no lo sé, pero el OSCE no ha recibido las decisiones emitidas de los miembros. Y la verdad es que uno revisa la página del OSCE y no encuentra la información que, según la directiva, debiera encontrarse.

Vamos un poco más allá con el tema de la directiva. Como les indicaba, la directiva lo que hizo es regular cómo debieran actuar los centros. Y uno puede ver que muchos reglamentos de los centros son como reglamentos de junta de resolución de disputas para contrataciones del Estado; en cambio, otros son un poco más abiertos. Pero en aquellos que han regulado solamente para contrataciones del Estado, obviamente, hay un cambio porque todo su reglamento ha sido desarrollado, básicamente, con base en la directiva, si hay un cambio, sea en la ley, en el reglamento o en la directiva, estos tendrían que modificar sus reglamentos.

También he podido conversar con algunas personas que por qué hay una tendencia o un rechazo, por así decirlo, sobre todo de las personas que llevan la ejecución de obra por parte del Estado, porque muchas veces no se inician las juntas o de resolución de disputas por la suscripción de los acuerdos tripartitos. Estos acuerdos tripartitos que tienen que ser firmados, tanto por los adjudicatores como por las partes y también por el centro, por algunas exquisiteces o algunos temas que quieren acordar más allá de lo que se encuentre en este modelo de acuerdo tripartito que está en la directiva es que no se llegan a implementar. Después, los miembros deben informar de cualquier circunstancia, lo que es un poco como los árbitros, cualquier duda a justificar respecto a su parcialidad e independencia deben informarla a las partes. Finalmente, los centros, como les indicaba, resuelven las recusaciones, independientemente de que estos puedan renunciar al cargo.

En las materias que no puedan ser sometidas a la junta de resolución de disputas me preocupan dos temas: la decisión de las entidades, o de la Contraloría General de la República, respecto a las prestaciones adicionales, sobre todo las pretensiones de carácter indemnizatorio, parece que nos dejan en una zona gris. En mi opinión, en verdad se le debería dar a los adjudicatadores también la posibilidad de ver esos temas porque son propios del día a día dentro de una ejecución de obra.

De las actividades de la junta, ya el doctor Guzmán les dijo son propiamente absolver consultas. Eso debemos priorizar en las juntas, también emitir decisiones para resolver las controversias que puedan suscitarse y este tema de efectuar visitas periódicas y constantes al lugar de la obra.

Quiero compartirles brevemente unas encuestas que hemos realizado para una universidad sobre el conocimiento y la práctica en la junta de resolución de disputas. Nuestro perfil de encuestados fueron 52 personas con mucha experiencia en temas de *dispute boards* y junta de resolución de disputas. Finalmente, cuando les hablamos de si están a favor de la implementación de la junta de resolución de disputas y también de *dispute board*, tenemos un contundente 96 %. Obviamente, estas encuestas tuvieron muchas más preguntas donde se pudo determinar que estas personas con 11 años de trabajo actuaron sea como adjudicatadores, también como abogados *in house* de constructoras, algunos peritos. En conocimientos de la junta de esas 52 personas, solo 47 conocían cómo estaba regulada la junta en la Ley de Contrataciones del Estado. Si bien es cierto, estas 47 personas conocían los contratos de obra, solo 9 habían participado en 5 a más juntas de resolución de disputas, pero el grueso, el 27 personas que conocían el reglamento no habían tenido ninguna experiencia en ver, ni acompañar como abogado ni ser adjudicador, y algunos de ellos ya eran adjudicatadores.

Esto nos llama la atención porque nos lleva a decir que necesitamos formar, por ejemplo, tanto a la gente del OSCE, quienes tienen que dictar estas directivas para que se encuentren acorde a lo que son los *dispute board*, elementos clave para una ejecución de obra. Tenemos que formar a los órganos de control interno, gente de Contraloría General de la República, para que en el momento que ellos tengan que auditar las decisiones que toman las partes durante la ejecución de la obra no sean esas decisiones inquisitivas, sino realmente vean con otros ojos a las resoluciones que se dan en la junta.

También debemos decir que los centros tienen una gran tarea de formar a la gente que va a acompañar a los miembros de las juntas de resolución de disputas, y una de las cosas que me alegra mucho —porque esto recién apareció la semana pasada— es que las bases estándar que aplica el OSCE para los contratos de obra no tenían una cláusula de junta de resolución de disputas y ya las han incorporado en estas bases que han salido la semana pasada, y se tienen que aplicar a partir de abril del 2021.

Finalmente, quiero decirles que la junta creo que ha llegado para quedarse en nuestro sistema de contrataciones de obras públicas, lo que nos corresponde a todas aquellas personas que quieran ser adjudicadores, todos aquellos que son apasionados por los mecanismos alternativos de solución de controversias, es promover este mecanismo para un uso eficiente en el desarrollo general y, sobre todo, en el beneficio de la sociedad, porque aquí estamos hablando de contratos de obras públicas.

Muchas gracias.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Gracias por esta presentación que nos ha abierto la puerta inmensa de toda la legislación peruana que nos conduce hacia lo último que has señalado, que me pareció fundamental, y es a la formación de adjudicadores. Creo que aquí hay formadores, es el caso de Carlos López, que lo conozco perfectamente en su docencia, sobre todo. También el centro al cual dirigí durante 16 años tiene 5 cursos dictados sobre junta de resolución de disputas. En estos cursos hemos llevado con Carlos, y con muchos expositores no solamente nacionales, casos prácticos de la vida real y, asimismo, cómo llevar a la práctica estas habilidades blandas que he señalado, poniéndonos en situaciones extremas para que poco a poco aprendamos a utilizarlas y lograr resultados eficientes.

Este espacio, que no necesariamente tiene por qué estar en la norma, estoy totalmente de acuerdo contigo en que es una de las responsabilidades que los centros deben asumir. No solamente tratar de tener una lista de adjudicadores, porque la lista dice tales y tales requisitos, yo habría puesto en esta lista de los requisitos «acreditar habilidades blandas», y no lo han puesto porque no es fácil ser adjudicador. No es lo mismo que ser un árbitro. Es como ser un conciliador-árbitro.

Ahora tenemos una importante presentación, precisamente, de quien hemos hablado bastante. Me refiero a Carlos López. Para nosotros es una satisfacción que Carlos esté presente el día de hoy y por eso me tomo la libertad de preguntarte: ¿hay todavía mucho que aprender en JRD? ¿Hay mucho que mejorar en JRD o ya llegamos a lo máximo? ¿Qué propones de tu vasta experiencia?

César López Avilés: César, muchas gracias por la presentación.

El tema que voy a tratar es, justamente, la problemática actual de las juntas y propuestas.

Fíjense, ya no voy a entrar a definir lo que es la junta ni sus funciones porque todo ha sido previamente señalado por los que me han precedido y con mucha corrección; más bien voy a centrarme en algunos puntos que, a partir de la práctica ya del ejercicio en juntas, estoy viendo que son temas que pueden comenzar a complicarnos la vida, y que, de alguna manera, tenemos que enfrentar y tenemos que tratar de corregir.

Entonces, por eso he titulado esta presentación «Problemática actual de las juntas bajo la Ley de Contrataciones del Estado». No voy a tratar todos los temas que pudiesen ser tratados, sino algunos en particular.

Un primer tema, y que, de alguna manera, Briana lo mencionó, está relacionado con la constitución de las juntas, a pesar de que está en la Ley desde el 2016, es obligatorio desde el 2020, y ya estamos en el 2021, todavía hay mucho problema para constituir las juntas.

La primera junta que se estableció en el Perú bajo la Ley de Contrataciones del Estado fue a mediados del año 2018, si no me equivoco, junio del 2018, y tengo el honor de estar como miembro en dicha junta que, dicho sea de paso, todavía está en funciones, puesto que es una obra que todavía no ha sido terminada.

Y acá un paréntesis, y estoy como miembro en otra junta también bajo la Universidad Católica, que es la primera junta de resolución de disputas por la Ley de Contrataciones del Estado, que ya está en proceso de recepción de obra, que es el último acto que la junta puede participar. Entonces, ya estamos en recepción de obra.

Regresando, entonces, a los problemas de la constitución de la junta. Efectivamente, hay una dificultad actualmente para constituir una junta de resolución de disputas en el Perú, y hay demoras o, simplemente, no las constituyen y, entonces, flagrantemente incumplen con la normatividad y desarrollan la obra sin junta. No sé qué estará pasando en esos contratos y si después habrá dificultades para llevar a arbitraje, por ejemplo, si antes no han pasado por una junta o por el hecho de que no hubo la junta, en fin. Lo cierto, el hecho que se puede constatar es que eso es lo que está sucediendo.

Y esto está, a su vez, relacionado con la dificultad en seleccionar los adjudicadores. Como se sabe, los adjudicadores, cada uno de los tres debe ser seleccionado con el acuerdo de ambas partes. No es como en el arbitraje que cada parte nombra su árbitro y la otra parte lo que puede hacer es oponerse. Acá no, acá uno y conjuntamente con la otra parte deben buscar los adjudicadores.

¿Y por qué hay esta dificultad en la selección de adjudicadores? Probablemente porque, como ya se ha dicho, los adjudicadores tienen que estar en el registro del centro de administración que haya sido escogido y, probablemente, hay un desconocimiento de las partes respecto de quiénes son esas personas. Entonces, si tengo que escoger entre personas que solamente veo su nombre en una lista, puede eso ser un poco de problema. Es algo que, de alguna manera, tiene que enfrentarse, por ejemplo, puede ser publicando el currículum de esas personas, algún tipo de formato en cuanto a su experiencia, porque como ya se ha dicho, uno de los requisitos es tener conocimiento en la normatividad nacional materia del contrato y materia de contrataciones.

Entonces, evidentemente, no es lo mismo haber tenido experiencia en carreteras, que haber tenido en saneamiento, que haber tenido experiencia en irrigaciones.

Y, entonces, ese es uno de los requisitos. Y también se están presentando dificultades en la elección del centro. Probablemente, una de las razones era la que Briana, con acierto, señaló que no estaba esa cláusula en las bases estandarizadas, ahora sí está.

Pero ¿qué es lo que está pasando con la elección del centro? Es un tema que, digamos, puede ser justificado, explicable o entendible cualquiera que sea la palabra utilizada que lo relacione mucho con el costo, con el tarifario. Están surgiendo centros que cumplen con los requisitos, seguramente, que la directiva del OSCE ha señalado, pero que están manejando unos tarifarios como para volverse atractivos. Están empezando con unas tarifas que diferencian un centro de otro. Tengo, por ejemplo, la información que están, prácticamente, negociando con un centro y si no llegan a un acuerdo de honorarios, «bueno, ¿saben qué?, hay centros más baratos», pues, nos vamos. Creo que ese componente, de alguna manera, debería evitarse porque no es lo más aconsejable para esto.

¿Cuáles pueden ser las causas para estas demoras? Efectivamente, una es el poco conocimiento de los procesos que todavía tienen las entidades y los privados. Por otro lado, la poca difusión por parte de los centros de administración. El OSCE se dice que tiene una lista que debe publicar. Yo un tiempo la buscaba y nunca la encontré, pero tampoco era obligación que estén en esa lista porque el

OSCE no tiene ningún tipo de participación en verificar o acreditar nada. Simplemente, lo que dice la norma es que va a publicar una lista.

Un tema muy importante que quiero resaltar es las definiciones sobre los aspectos presupuestales relacionados. La directiva del OSCE se refiere al funcionamiento del centro y al funcionamiento de la junta, pero no ha tocado —y no sé si lo debería hacer o alguien más debería hacerlo— cómo son los aspectos presupuestales que deben manejarse en las entidades a fin de atender los costos relacionados con las juntas. En algunos casos, no se llegan a constituir las juntas porque, simplemente, no hubo la disponibilidad presupuestal o no hay la partida presupuestal para hacerlo.

Me pregunto: ¿el OSCE tendría que regular eso? Probablemente, no, pero alguien tiene que hacerlo porque en muchos casos lo que está pasando es que no se constituye la junta porque la entidad no ha previsto los recursos y, menos aún, si se tratase de juntas voluntarias porque en juntas obligatorias uno tendría que decir «tendrían que haberlo puesto».

Por otro lado, hay toda una indefinición y una discusión en marcha sobre si la parte que le corresponde pagar al contratista de la junta debe ser parte del presupuesto de gestión de la obra, es decir, parte de los gastos generales de la obra. Mi opinión es que sí, pero hay algunas opiniones discrepantes. Entonces, esa falta de claridad sobre un asunto tan importante perjudica la constitución de la junta.

Después tenemos que hay pocos adjudicadores acreditados en los centros. Lamentablemente, se ha demorado mucho la difusión y la formación y los cursos de algo que desde hace ya cuatro o cinco años debería haberse empezado, y también falta de procedimientos internos dentro de las entidades, ya no tanto de los aspectos presupuestales, sino internos: quién debe firmar el contrato tripartito, quién tiene que hacer esto y lo otro. He visto fracasar juntas simplemente porque no sabían quién tenía que firmar el contrato.

¿Cuáles son los remedios? Sin duda, la difusión. El que las entidades tengan lineamientos precisos sobre los procesos internos que tengan que cumplir, poder gestionar la constitución de la junta.

Que quede claro que este es un mecanismo de gestión contractual y que, por lo tanto, los costos son un costo asignado a la obra y que deben ser parte del valor referencial y parte del presupuesto de la obra, así como de los costos de administración. Existe una duda sobre este asunto que está en contra de la constitución de las juntas, y también los centros de administración deben tener una mayor cantidad de profesionales en su registro con estrictos criterios de selección.

Después tenemos un segundo punto que es el que se refiere a la función consultiva y la función decisoria. Ya ha sido explicado en qué consiste una y otra, pero quiero señalar que en la práctica lo que está sucediendo, lamentablemente, es que no se está ejerciendo, a pesar de que la función consultiva es la más importante. Las partes no están acudiendo al ejercicio de la función consultiva que, por directiva, requiere que las dos partes contratantes, en conjunto, la soliciten a la junta. Incluso, dice que si la junta de propia iniciativa ve un tema que necesitaría o que sería conveniente que ejerza función consultiva, lo que tiene que hacer es proponérselo a las partes para que las partes lo gestionen y eso no está sucediendo.

En las juntas en las que he participado —y, como les dije, algunas ya tienen casi hasta tres años—, prácticamente, contra diez pedidos de decisión, un pedido de opinión cuando debería ser, probablemente, a la inversa. Se pierde la posibilidad de evitar controversias, que es el principio más importante de la junta. Entonces, las juntas están abocadas a resolver decisiones, porque eso es lo que las partes les están solicitando, y de una manera ya exagerada. Actualmente, hay juntas que tienen catorce, quince, dieciséis pedidos de decisión y, en algunos casos, dentro de cada pedido de decisión tienen cuatro, cinco o seis controversias, lo que recarga enormemente el tema de las decisiones

Pero lo que hay que tener presente es que para haber llegado a ese punto la controversia ya se produjo, y creo que se produce por varias cosas: desconocimiento de las partes de las funciones, pero, sobre todo, hay una renuencia de involucrarse en la búsqueda de soluciones, en especial de la parte pública. Intuyo que lo que los funcionarios dicen es: «¿Para qué voy a pedir opinión, si eso conllevará que yo tenga que tomar decisión? Mejor que la junta de frente decida. Me evito el tener que, a partir de una opinión, decidir si la aplico o no la aplico».

Pero aparejado con esto veo que hay un problema o una causa en los tarifarios de honorarios. Los centros de administración de juntas, todos en el Perú han optado por el honorario único, que es un monto mensual fijo a lo largo de toda la ejecución del contrato y que incluye todo: citas, reuniones, decisiones, opiniones, etc. Poniendo de forma simple, si por el mismo precio consigo decisiones, para qué voy a pedir opiniones, si luego tengo que decidir. Y si por el mismo precio me tienen que resolver cuarenta pedidos de ampliación de plazo en dos años, pues le planteo cuarenta pedidos de ampliación de plazo a la junta, y eso es lo que está sucediendo.

Este asunto del honorario único es algo que en los centros tienen que reflexionar. El reglamento de la Cámara Internacional de Comercio de París tiene un mecanismo distinto, que es el pago de un honorario que llaman «de gestión» por ser miembro de la junta, y mediante un honorario por día se paga cuando se piden opiniones, decisiones, visitas, etc. Pudiera ser un elemento, si quieren, de decisión para que las partes, si van a tener que pagar aparte por las decisiones, traten, más bien, de pedir opiniones. Bueno, eso es algo que los centros tendrán que establecer. Por eso pongo esto como remedio.

Y un tema en el que también he insistido en algunos otros eventos es que si bien existe la norma que dice que tiene que haber juntas, existen las directivas que dicen cómo tienen que funcionar; sin embargo, con muchos colegas hemos coincidido, el marco normativo general de contrataciones y el marco normativo general de control gubernamental está alineado con este sistema de opiniones y decisiones de las juntas.

Entonces, el funcionario se encuentra que, por un lado tiene un mecanismo que se le propone, que se le entrega para que lo utilice, cuando voltea a ver el marco normativo sobre el cual él tiene que moverse, encuentra que hay una colisión, un divorcio.

Entonces, es importante que se pueda revisar o alinear el marco normativo de la contratación con las funciones de la junta, de manera que el que tiene que actuar en la gestión contractual no se encuentre con que le pide algo a la junta, pero la norma no lo acompaña o no lo protege.

Finalmente, quisiera tocar el tema que he denominado casos especiales. «Casos especiales» significa algunas situaciones que se están presentando y que se están alejando de lo que es la generalidad de los temas. Todo este asunto de la junta está pensado para un contrato con una obra y con un plazo, más o menos de entre una cantidad de meses y uno o máximo dos años.

Pero en el Perú se están estableciendo ahora algunos contratos bajo otros esquemas. No me estoy refiriendo a otros modelos contractuales NEC, Fidic, sino contratos donde se están incluyendo lo que están denominando «componentes», un contrato para hacer varias obras, y no solamente varias obras, sino varios objetos contractuales. Por ejemplo, diseño o ejecución de obra, mantenimiento, operación, etc., contratos también de plazos extensos, de varios años. La norma no distingue o no se ha puesto en esta situación.

¿Qué va a pasar cuando hay centros que están estableciendo topes máximos para los honorarios? Un adjudicador que fuese convocado en uno de estos contratos y que no ha analizado muy bien dónde se está metiendo, podría quedarse comprometido con un monto fijo, ya inamovible por un periodo extenso de tiempo, y en vez de tener a su cargo una obra, que es lo que normalmente debería suceder, resulta que le van a encargar tres, cuatro, cinco, seis obras porque están todas metidas en un contrato. Eso va a perjudicar totalmente el esquema del funcionamiento porque la directiva y los reglamentos

no están pensados para esas situaciones y no están dando margen para tomar decisiones para acomodar esta situación.

Creo que, primero, debe analizarse qué es lo que está pasando o qué es lo que se viene, hay entidades que ya están en ese camino, y dar una cierta flexibilidad, o centros, por ejemplo, casos especiales dicten medidas también especiales. Por ejemplo, ¿podrá haber más de una junta en un contrato? La norma no dice que sí, no dice que no, está implícito que es una junta por contrato, pero qué pasa, por ejemplo, si un contrato es tan complejo que nadie podía cumplir con ser especialista en ese tipo de contrato, si ese tipo de contrato tiene una serie de componentes, por ejemplo, electromecánicos, sanitarios, estructurales o de distintas naturalezas.

Entonces, ¿podrá ser conveniente tener más de una junta por contrato? Probablemente, en algunos casos, sí. La norma debería dar la flexibilidad suficiente para hacer eso.

¿Debería haber un tarifario diferenciado para casos especiales? Yo creo que sí.

¿Debería haber flexibilidad en los procedimientos internos? Porque actualmente en la norma dice: tantos días para hacer una audiencia, tantos días para hacer una decisión. Pero, ya les digo, en una junta, a veces, las partes pueden, en un pedido de decisión, involucrar cuatro o cinco pretensiones distintas, en cuyo caso lo que estaba pensado es un pedido de decisión, una controversia, quince días de plazo. Eso se puede trastocar.

Por último, cuando vimos en la exposición de Briana que los centros deben tener un registro de adjudicadores nacionales y extranjeros, hay que analizar bien el tema este de los adjudicadores extranjeros. No me estoy oponiendo a los extranjeros, ni me quiero manifestar favor o en contra, simplemente, señalo la problemática porque un adjudicador extranjero, en algunos casos, puede ser necesario, supongamos una junta sobre un contrato sumamente complejo o una cosa sumamente técnica, tienes que recurrir a un adjudicador extranjero. Habrá que considerar, por ejemplo, un tema que, a mi juicio, todavía no está claramente definido: el ejercicio profesional de un extranjero en el Perú o los temas impositivos, o los gastos distintos que va a tener un miembro respecto de los miembros nacionales.

No basta con decir: «tengan un registro de extranjeros que tienen un registro de extranjeros, sino ver qué cosa significa ese registro de extranjeros para la práctica de este servicio.

Algunos opinan que esto no es un ejercicio profesional de la ingeniería. Otros opinan que sí es un ejercicio profesional de la ingeniería. Sea cual sea la respuesta que se dé a esta pregunta, habrá que ver cómo funciona con la ley del ejercicio profesional de la ingeniería o de la agricultura. Entonces, es un tema que tiene que resolverse de alguna manera.

En conclusión, la directiva debería ampliarse para estos temas que estoy señalando porque, en este momento, está muy restrictiva, seguramente, porque no se había pensado en todas las situaciones que estoy manifestando. La misión de los centros es absolutamente vital, y la mayor devoción y capacitación del adjudicador que si hay partes intervinientes es una necesidad, como se ha ya tratado acá.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Gracias, Carlos. Creo que compartir experiencia es muy valioso y nos has dejado con una serie de temas, pero lo interesante de tu presentación, que yo valoro muchísimo, es que no solamente nos presentas el problema, sino lo que tú presentas son los remedios. Yo diría que esto es fundamental. Ojalá que escuchen los centros, ojalá que escuchen aquellos que están hoy día tomando decisiones, como el OSCE, para alcanzar este documento preparado por ti a estas organizaciones, que mañana puedan, tanto los centros como el OSCE, adoptar las normas de flexibilidad necesarias para que se solucionen estos problemas muy bien planteados por ti.

Solamente me queda una duda, y es que estamos hablando de las JRD dentro de la Ley de Contrataciones del Estado. Sin embargo, JRD está funcionando en el campo, por ejemplo, de todo lo

que es Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, donde la ley de contrataciones con el Estado no es aplicable. En consecuencia, ahí hay adjudicadores extranjeros, se trabaja con mayor flexibilidad, sería muy interesante hacer un seguimiento a este tipo de adjudicación que tiene éxito, para ver qué faltó a la nuestra o qué hay que quitarle a la nuestra para que funcione porque no vaya a ser que nos estemos, sin querer, colocando algunos corsés, cerrando los espacios que mañana eviten que esto pueda caminar.

Finalmente, recalcar algo que has señalado que es muy importante: el funcionario público no deja de serlo. El día de mañana si le imponen las JRD, va a preferir la decisión, definitivamente, a una consulta porque si él objeta una consulta, se está poniendo en alto riesgo lo que toca hacer mañana.

Nos toca ahora escuchar a María del Carmen Padilla. La pregunta es: ¿por qué la incorporación obligatoria de la JRD representa un cambio importante para el sistema de gestión de controversias en la contratación pública?

María del Carmen Padilla: Muchas gracias.

Vemos dos escenarios claramente diferenciados. Por un lado, tenemos una noticia que, en realidad, se ha visto muy frecuente en los últimos años, una noticia que muestra una situación crítica sobre la forma como se ha venido gestionando algunos proyectos públicos. Noticias como estas abundan: de obras paralizadas, de obras sobrevaloradas, donde no se llega a cumplir, justamente, los objetivos perseguidos con el proyecto.

Según el reporte de la Contraloría General de la República, el arbitraje es una de las causas de la paralización de obras públicas. Entonces, el contar con un sistema de solución de controversias efectivo, eficiente y temprano, de todas maneras, siempre va a ser positivo para un proyecto. Por otro lado, y no hace mucho, los peruanos hemos sido testigos de una experiencia de éxito en la contratación de obras públicas a través de los Juegos Panamericanos. Si bien estas obras se excluyeron del marco normativo tradicional de contratación pública, lo cierto es que esta experiencia rompió el mito de que no era posible ejecutar una obra en el plazo y con el presupuesto previsto.

Esta experiencia, sin duda, nos ha hecho reflexionar a todos sobre la forma como veníamos gestionando los proyectos y una de las herramientas que se utilizó en estos Juegos Panamericanos fue los *dispute boards*, en los que se inspira, precisamente, la junta de resolución de disputas. Este mecanismo se caracteriza por la atención temprana del conflicto.

¿Cómo veníamos resolviendo tradicionalmente las controversias en contratos de obras públicas? La Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento únicamente reconocían dos mecanismos de solución de controversias: la conciliación, por un lado, que se planteaba como un mecanismo en el cual las partes podían conciliar ciertos aspectos. No obstante este mecanismo ha sido poco efectivo, todavía subsiste el temor funcional de las personas que adoptan decisiones en el marco de este procedimiento de conciliación y, entonces, esta situación determina que este mecanismo se vea poco efectivo; por otro lado, tenemos el arbitraje que entra a tallar una vez que la controversia ha surgido, y donde es irremediable la necesidad de intervención de un tercero neutral, pero este mecanismo que inicialmente surgió en nuestra legislación como una experiencia innovadora y eficiente para resolver las controversias de obras públicas resulta muy similar al Poder Judicial porque en el arbitraje lo que los árbitros hacen es un trabajo de redescubrimiento del caso. Entonces, va a ser muy necesario que los árbitros hagan un trabajo de actuación de medios probatorios, de declaraciones testimoniales, de expertos, de peritos, con lo cual hace sumamente costoso el arbitraje y estrictamente rígido, formal, además, lento. Todas estas características determinan que tanto la conciliación como el arbitraje resulten medios inadecuados para resolver las controversias de los contratos de construcción.

Por otro lado, ¿por qué es importante un cambio en la contratación pública? Creo que por cuatro factores. Primero que nada porque no podemos dejar de lado que el contrato de obra pública

nace de un esquema poco flexible, un sistema rígido de contratación donde las partes no tienen posibilidad de negociación alguna. Es una parte que impone a la otra las reglas de juego del contrato, y sobre este marco poco flexible y rígido es que se desarrollan y ejecutan las actuaciones en el marco de un contrato, y es por ello que, precisamente, estamos acostumbrados a tener un enfoque claramente adversarial donde las partes se preocupan más por trasladar riesgos, por dejar sentadas sus posiciones respecto a materias determinadas, pero no se preocupan por implementar soluciones que lleven a la viabilidad y al éxito de los proyectos. Partimos con un problema de origen, que es el marco normativo de contratación pública que, como lo hemos visto, no se encuentra alineado a este mecanismo tan flexible y tan eficiente como son los *dispute boards* o las juntas de resolución de disputas.

Pero esta condición, a mi criterio, no es determinante y creo que una adecuada gestión del contrato con un adecuado seguimiento y control de los riesgos del proyecto puede marcar el cambio, porque esto depende de personas, o sea, detrás de un proyecto estamos personas, abogados, entidades, contratistas, depende de nosotros el generar un cambio en la forma como venimos gestionando los proyectos, por eso la junta de resolución de disputas se presenta en nuestra legislación como una herramienta importante para el control de riesgos del proyecto.

Hace poco, en realidad, se habla de esta figura que es el control de riesgos del proyecto, pero es importante tenerla en cuenta, precisamente, para la actuación de la junta de resolución de disputas porque este mecanismo, los adjudicadores, el panel que se conforma por la junta de resolución de disputas, lo que hace es ayudar a las partes a identificar las potenciales situaciones de conflicto, en virtud a los riesgos no previstos del contrato. Lo que hace la junta de resolución de disputas es ayudar a las partes para identificar esos posibles riesgos y los puedan gestionar oportunamente de la mejor manera.

Entonces, las partes cumplen un rol fundamental en la gestión del contrato. Tienen mucho mayor control, a diferencia de lo que sucede en el arbitraje, donde claramente las partes no tienen control de la controversia. Existe la necesidad de un cambio en el paradigma en el modelo de gestión contractual, tenemos que dejar de lado ese modelo adversarial, el del papeleo, la forma como se viene gestionando el contrato y ese bagaje cultural que ya tenemos formado, incluso, los abogados. Se tiene que hacer un cambio de mentalidad, un cambio de chip de la forma como gestionamos los proyectos, y de pasar del temor y la desconfianza a un entorno colaborativo de gestión de los contratos.

Otra de las razones por las cuales considero que es fundamental este cambio en el modelo de contratación pública es que, en materia de contratación pública existe lo que se llama el «escalamiento del conflicto», y una controversia no resuelta a tiempo o de forma oportuna se convierte en una bola de nieve. Una bola de nieve que es una potencial situación de catástrofe porque un tema poco significativo puede devenir en una controversia de mayor impacto que, incluso, puede terminar frustrando el contrato.

Bajo este escenario es que surge, como una alternativa de solución de controversias prearbitral, la junta de resolución de disputas. Si bien este mecanismo fue reconocido en nuestra legislación desde el año 2014, posteriormente se hicieron algunas modificaciones para bajar el umbral de aplicación del mismo, y ahora en la actualidad, a partir del 2020, este mecanismo es obligatorio para todos los contratos de obra pública que superen los veinte millones de soles, y con carácter facultativo para obras con montos iguales o superiores a los cinco millones.

Este mecanismo, inspirado en los *dispute board*, está constituido por un panel experto e imparcial que acompaña de forma de permanente a la obra, y por eso se ha hablado de la labor de seguimiento de este panel, que es fundamental para el éxito de los proyectos y que, incluso, este tipo de *dispute board* es el que está recomendado por la industria.

La industria y las mejores prácticas no recomiendan la constitución de *dispute boards ad hoc*, que surgen cuando la controversia ha surgido, porque este modelo de *dispute board* lo que hace es entrar a tallar cuando la controversia ha surgido, pero no permite el conocimiento previo de la formación del

conflicto. Por eso es que nuestra normativa ha optado acertadamente por este mecanismo de resolución de disputas que no solamente resuelve las controversias de forma temprana y oportuna, sino que también las evita, y las evita a través de la asistencia informal, este comportamiento invisible que ejerce la junta de resolución de disputas para que las partes puedan gestionar directamente sus conflictos.

En materia de contratación pública, a diferencia de lo que sucede en la práctica internacional, la junta de resolución de disputas es un mecanismo claramente arreglado. Tradicionalmente, lo que se hace en otros contratos es que las partes regulen la actuación de la junta de resolución de disputas en los contratos tripartitos. Son estos documentos los que regulan y norman la actuación de la junta de resolución de disputas. Pero en el caso peruano, hemos ido un poco más allá y, recogiendo las mejores prácticas internacionales, lo que se ha hecho es regular a detalle cuál va a ser la actuación de la junta de resolución de disputas. Estableciendo los tiempos, por ejemplo, se ha considerado que resulta eficiente y óptimo que la junta de resolución de disputas vaya una vez al sitio de obra, se ha pactado reuniones periódicas. Además, se ha regulado las calificaciones de los adjudicadores que ya hemos visto.

Quiero resumir la presentación en lo siguiente. Es un cambio importante desde la concepción del conflicto, la perspectiva de las partes y la perspectiva del proyecto, ya no solamente vemos la última etapa del conflicto, sino vamos un paso atrás y tenemos una visión completa desde la formación del conflicto, además, la junta de resolución de disputas interviene como un filtro de calidad.

Ahora, únicamente, van a someterse a arbitraje aquellas controversias sobre las cuales las partes no puedan ceder y resulte imperativo que intervenga un tercero neutral a resolver de forma definitiva los conflictos.

Por otro lado, como dije, este cambio de JRD a JRD obligatoria establece como regla que todo pase de forma previa a un *dispute board* o a una junta de resolución de disputas, esto hace que dejemos de ver un conflicto como una contingencia para concebirlo como un aspecto que puede ser controlado por las partes a través de la gestión temprana del conflicto.

Esto evita el efecto bola de nieve y, además, evidencia este comportamiento invisible que tiene la junta de resolución de disputas. La pregunta de si existen limitaciones: claramente, la normativa, lamentablemente, plantea algunas limitaciones de índole legal, funcional y práctico, como, por ejemplo, el requisito de que se requiere que únicamente los contratos que superen un determinado monto contractual vaya a la junta de resolución de disputas. A mi criterio, cualquier tipo de limitación respecto al ámbito de aplicación de la JRD no debería darse porque no es recomendado. Pero, bueno, así estamos.

Finalmente, creo que un cambio importante es la visión desde la perspectiva del proyecto, porque ahora las controversias ya no son resueltas de forma independiente al contexto del proyecto. Las controversias son resueltas en el sitio y en tiempo real a la ejecución del proyecto. Acá aplica un principio claramente identificado que es el «pago ahora y luego reclamo», y aun cuando no esté de acuerdo con una decisión de la JRD, las partes tienen la obligación de dar cumplimiento inmediato a todas las decisiones de la JRD. Esto, justamente, refuerza la perspectiva del proyecto.

Para terminar, una reflexión. Creo que la semilla ya ha sido sembrada, entonces, con la implementación obligatoria de la JRD ahora nos toca a todos los actores trabajarla y cuidarla para que sea entendida adecuadamente, y para eso es importante la capacitación, pero también el ánimo y la convicción del funcionamiento de todos los interlocutores, y para lograr, justamente, este cambio en el paradigma del modelo de gestión contractual.

Es sumamente importante espacios como este que permiten la retroalimentación de experiencias, para cumplir este propósito y ganar todos.

Gracias.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Muchas gracias, María del Carmen.

Tenemos dos expositores en turno: Marco Gálvez y Ahmed Manyari. A Marco le preguntamos: ¿cuáles, en tu opinión, son los elementos clave de la JRD?

Marco Gálvez Díaz: Muchas gracias.

Antes que nada, creo que es pertinente anotar que en esta presentación, en cuanto a elementos clave, el funcionamiento de la junta y su administración, solamente me referiré a la junta que está regulada y denominada en la Ley de Contrataciones del Estado, que tiene algunas diferencias con respecto al mecanismo madre que hemos adoptado y tropicalizado del exterior, llamado internacionalmente *dispute boards*. De hecho, creo que es ocioso definir este mecanismo porque ya hoy las presentaciones nos han reforzado de qué trata y basta con decir que se trata de un mecanismo que funciona mientras la obra se encuentra en ejecución.

Más relevante para los objetivos de esta presentación es remitirnos a la normativa para ver cuál es la visión del legislador respecto a esta figura. En realidad, el legislador señala que hay dos objetivos fundamentales. Por un lado, el de prevenir controversias, como ya lo han mencionado los anteriores panelistas, y, por otro lado, resolverlos.

Pero no solo eso. La ley establece un componente adicional que es la eficiencia. Para alcanzar esta eficiencia, a mi entender, las partes, como operadores, y no solamente los miembros de la junta de resolución de disputas deben utilizar de manera adecuada las funciones y facultades de esta figura y los anteriores panelistas han sido muy claros al momento de describirlas.

Pero quisiera preguntarme cómo es que se considera este mecanismo eficiente, cómo es que nos conduce a una situación más eficiente que la anterior que teníamos. Creo que vale la pena preguntarnos si es porque nos permite resolver los problemas de manera contemporánea y si la aplicación trae aparejado la justificación de su costo o no. De hecho, la exposición de motivos del Reglamento de la Ley de Contrataciones solo hace referencia a que la junta es obligatoria, con base en su envergadura, a partir de los veinte millones de soles, pero no resuelve la incógnita de si a partir de esa valla la junta justifica su costo o no.

La verdad sería interesante saber cómo es que se llegó a ese número como punto de inflexión a partir del cual la junta justifica su obligatoriedad y, por ende, su costo. Entiendo que esa es la idea de la valla. Por mi lado, no he encontrado justificación económica de la valla. El costo de funcionamiento de una JRD siempre va a estar justificado si es que los honorarios y los gastos de la JRD están establecidos con base en un porcentaje del monto del contrato.

Si eso conviene, en términos económicos, al proyecto está en manos de las partes hacer esa elección con base en diferentes opciones de calidad y precios que se tiene en el mercado. Y, como veremos más adelante, ya viene determinado por los centros especializados que administran juntas de resolución de disputas. La pregunta es: ¿es verdad que debemos ver a las JRD como un costo extra e imponerle una valla de veinte millones? Creo que sí, a contramano de generar un costo adicional para las partes, el mecanismo permite absorber los costos en productividades que generarían uno o varios arbitrajes innecesarios, ya estamos hablando de eficiencia.

De hecho, si hablamos de eficiencia, la guía de mejores prácticas y procedimientos de la Dispute Resolution Bar Foundation, en un estudio realizado a 230 proyectos, arrojó que de 512 decisiones emitidas por los *dispute boards*, solo un 6 % se remitieron a arbitraje, y de ese 6 % solo siete decisiones fueron finalmente anuladas por los tribunales arbitrales. Ojo, acá estamos hablando de *dispute boards* como son concebidos internacionalmente, en donde si una de las partes no está de acuerdo con la decisión del *dispute board* puede llevar al arbitraje inmediatamente de acuerdo al procedimiento establecido en el contrato.

Ya veremos más adelante que para las juntas de resolución de disputas nacionales, la Ley de Contrataciones nos otorga una gran ventaja, desde mi punto de vista, que es juntar en un solo arbitraje las posibles controversias que primero fueron resueltas por la junta y pudieran ser cuestionadas posteriormente. No obstante, desde ya el número es bastante esclarecedor.

El citado estudio de la Dispute Resolution Bar Foundation, arrojó que el mecanismo tuvo una tasa del 94 % de éxito para evitar costosos procedimientos de resolución de disputas posteriores. Esta es una tasa sumamente alta y tiene que ver, básicamente, a mi entender, con los puentes colaborativos que brinda el mecanismo.

De hecho, como hemos mencionado, el arbitraje trae consigo la asunción de costos muy altos relativos a defensa, honorarios del tribunal, peritos, gastos administrativos del centro de arbitraje. A ello hay que sumarle, obviamente, las horas hombre que se invertirá en el análisis, la recolección de data por los ingenieros del proyecto, y sabemos que es mucha la información que se ve en un proyecto, además, el entrenamiento y preparación de cara a las audiencias y otros costos asociados. De hecho, en la evaluación del conflicto, todos estos elementos entran en la ecuación.

Vemos como costos directos: los honorarios de los estudios de abogados que se encargarán de la defensa, de los peritos y el tribunal. Y como costos indirectos, por ejemplo, tendremos el tiempo de gestión del conflicto, que incluye las reuniones previas para el diseño de la estrategia legal, el tiempo que invertirá el administrador de contratos en la búsqueda y contrastación de información del reclamo. Inclusive, las horas hombre que se invertirán en la asesoría legal *in house*.

Además de eso, tenemos los costos de oportunidad, estos costos escondidos son representados claramente por las relaciones empresariales deterioradas, las ineficiencias producidas en la obra e, inclusive, los retrasos o posibles pérdidas de calidad que tuviera aparejado dar una solución barata para superar el conflicto en ese momento.

Los costos para la obra subirán en cuanto el conflicto se sale del ámbito de la obra para pasar a la resolución de un tercero externo al desarrollo de la misma. Además de aumentar los costos —que es lo obvio por cuanto interviene más gente en la resolución del conflicto—, también aumenta el grado de hostilidad porque, seguramente, no ayudará para lo que queda, el alcance faltante de la obra.

Entonces, en la actualidad ya tenemos que organizaciones internacionales de ingenieros como Fidic o NEC o, inclusive, importantes multilaterales como el World Bank o el JICA tienen regulado este mecanismo en sus contratos modelo. Inclusive, la CCI o el CIArb ya prevén este método de resolución de conflictos como una práctica común a nivel internacional.

Inclusive, los modelos de contratos de construcción más importantes como el Libro Rojo o Amarillo o contrato de Fidic como el contrato NEC que se utilizó en los Juegos Panamericanos ya lo incluyen como un paso necesario antes del arbitraje. Todos ellos ya han reconocido la eficiencia del mecanismo, y creo yo que la única manera de extrapolar esa eficiencia al plano nacional es no desnaturalizar la figura, y que es la esencia del mecanismo, básicamente, apegarnos a las funciones que trataré a continuación.

Pero antes de pasar a las funciones de las juntas de resolución de disputas, quisiera mencionarles algo que ya había señalado en una diapositiva anteriores, que es que aun cuando la Ley de Contrataciones regula mucho el mecanismo, ha establecido una gran ventaja con respecto a las juntas, se ven en los *dispute boards* internacionales, y que la ley prevé que si las partes cuestionan las decisiones de las JRD solo habrá un arbitraje y este se dará luego de la recepción de la obra. Y en este arbitraje, las partes podrán juntar todas las controversias que en su momento cuestionaron a la resolución de la JRD.

Ello no solo tiene la ventaja de que podrá ahorrar costos a las partes, pues ya no tendrán plazos de caducidad que los obliguen a iniciar arbitrajes, como controversias se vayan encontrando en la

ejecución del contrato, sino también concentrará en un solo tribunal las decisiones respecto de un solo proyecto, dictando laudos contradictorios con mayor predictibilidad para las partes.

Pasemos rápidamente a las funciones de las JRD que son emitir decisiones vinculantes bajo nuestro reglamento, tienen un procedimiento que ya todos conocemos, a saber: una solicitud, una contestación y si la JRD lo considera conveniente, hay audiencias en donde se escuchan las posiciones de las partes de manera oral. Además de ello, la función central que es absolver consultas, a nuestro entender, la función más importante de la junta de resolución de disputas porque es la que más rápido va a llevar a la solución de controversias.

Adicionalmente, está la atribución de las visitas periódicas a la obra. De hecho, nuestra actual coyuntura no nos permite tener visitas a la obra como en la normalidad, pero vamos a tener que aprovechar las herramientas tecnológicas que tenemos a disposición para hacer que las visitas sean realidad. Por ejemplo, a través, tal vez, de drones o de *streamings*, lo importante es que no se pierda de vista la esencia del mecanismo que es la resolución de controversias, el aporte de la experiencia de los adjudicadores para que se verifique el estado de la obra y, con base en eso puedan aportar con elementos o herramientas que permitan a las partes llegar a una solución rápida.

Las facultades de la junta de resolución de disputas son establecer el procedimiento, las reglas que consideren necesarias cuando las partes tengan alguna duda, también podrán resolver temas procedimentales. Además, tienen la facultad de conocer el fondo de la controversia, y decidir sobre cuestiones conexas o accesorias a las controversias, requerir a las partes que aporten documentos y medios probatorios para ellos tomar una posición de cara a las recomendaciones o a las decisiones que tuvieran que dar. Tienen la facultad de convocar a reuniones, visitar la obra y realizar audiencias, ello también a efectos de tomar conocimiento acerca del estado de la obra y de los conflictos que pudiera haber entre las partes.

La Ley establece que las juntas de resolución de disputas deben ser administradas por un centro especializado. De hecho, las partes tienen que consignar en su contrato cuál es ese centro especializado que va a administrar la junta de resolución de disputas. Inclusive, puede incorporar en un contrato ya en ejecución, la posición del mecanismo y del centro que va a llevar la administración.

Entonces, con base en ello, tenemos que analizar también cuáles son las funciones de los centros. Y, de hecho, antes que analizar las funciones de los centros, como ya lo han mencionado anteriormente, un centro tiene que contar, por lo menos, con cuatro años como institución arbitral; tiene que contar con un código de ética propio que tenga como mínimo los supuestos de infracción que establece la Ley de Contrataciones del Estado, además de contar con un plantel de profesionales que pueda dar su aporte a la JRD. De hecho, dentro de las funciones de los centros especializados encontramos el contar con un registro de adjudicadores nacionales o internacionales, los cuales pasan por un examen de requisitos que establece la propia ley.

El centro también designa a los miembros de la junta, en reemplazo de las partes, cuando alguna de ellas o ambas no han designado al miembro único o a uno de los tres adjudicadores. Además de ello, el centro también resuelve las recusaciones que las partes puedan plantear contra los miembros de las juntas de resolución de disputas, y ello dentro de un plazo determinado desde el momento en que se toma conocimiento de la causal de recusación. El centro, adicionalmente, supervisa el cumplimiento de los principios éticos de los miembros y de las partes, como ya mencioné, y, además, también ejerce la función de informar al OSCE sobre las sanciones éticas que se impongan a los miembros, además de enviar diversa información como resoluciones que resuelven recusaciones, las decisiones que fueron emitidas por las JRD, las resoluciones que imponen sanciones a los miembros de las JRD por infracción al Código de Ética, y como últimas funciones del centro, apoyar logísticamente la JRD a las partes y custodiar el expediente.

¿Qué ventajas trae una junta de resolución de disputas administrada? Como mencioné al principio, en realidad, los *dispute boards* son un mecanismo importado y en la práctica internacional es un

método gestionado por las partes. Pero esto, en el plano nacional y público, pudiera generar ciertas suspicacias y creo que la Ley de Contrataciones del Estado sella herméticamente este tema encargando a los centros especializados la organización del procedimiento, de tal manera que pueda fiscalizar los estándares de ética preestablecidos por la norma. Y esto trae como primera ventaja asegurar a las partes que tengan un verdadero tercero neutral que se encargará del procedimiento, además, de un responsable que se encargará de hacer el puente de comunicación para temas de reuniones, visitas, inclusive de los pagos a los adjudicadores.

Ahora bien, reglamentos. Sin reglas claras sobre cómo se va a llevar el procedimiento, no vamos a tener predictibilidad sobre las actuaciones y, de hecho, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima cuenta con un reglamento exclusivo para juntas de resolución de disputas bajo la Ley de Contrataciones del Estado que se ajusta perfectamente al procedimiento establecido en la Directiva n.º 012-2019.

Entonces, con ese reglamento exclusivo ya no se va a tener la necesidad de contrastar y diferenciar qué es lo que tenemos en la directiva y en el reglamento, no tenemos que estar atentos, pues ya vamos a tener la directiva incorporada en el reglamento y eso es un plus para nuestros usuarios. Por lo menos, para nuestros usuarios de contratos de obra bajo la Ley de Contrataciones del Estado.

Otra ventaja es que el centro cuenta con una lista de adjudicadores que tienen las calificaciones y la experiencia y la probidad para actuar como miembro. Eso ha sido analizado previamente antes de incorporar a los adjudicadores. Los invito a que revisen nuestra página web.

Una pregunta de hoy día: ¿cómo es que se analiza la experiencia de los adjudicadores?; ¿cómo se analizan los requisitos? De hecho, en nuestra página web tenemos un desarrollo de la experiencia de nuestros adjudicadores en tipos de contrato y en tipos de obra. Por ejemplo, si tengo una obra electromecánica o la construcción de un hospital bajo contratos modelo Fidic Libro Rojo, puedo revisar en la página web los antecedentes y la experiencia de los adjudicadores. Así que, nuevamente, los invito a que puedan revisar la página web para verificar esta información al momento de elegir al adjudicador correspondiente.

Otro tema central es el tarifario. El tarifario del Centro de Arbitraje le brinda predictibilidad respecto de cuánto va a costar una junta de resolución de disputas, también los invito a que revisen nuestra calculadora de gastos de la junta de resolución de disputas para ver cuál es la mejor opción, no solo en precios, sino también en calidad del servicio.

En nuestro centro, inclusive, tenemos la ventaja de que todas las comunicaciones a los adjudicadores van a darse a través del centro y las partes y los miembros del panel van a tener a un encargado del centro que se ocupará de todas las coordinaciones que tuvieran que hacer para los viajes a la obra: los transportes, el alojamiento y las reuniones virtuales, como ahora están acostumbrados en pandemia, entre otros.

Muchas gracias.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Gracias.

Terminamos esta presentación de la junta de resolución de disputas invitando a Ahmed Manyari. La pregunta que te dejo es: ¿cuáles son las tres herramientas clave con que cuenta una JRD para aportar éxito en un proyecto?

Ahmed Manyari Zea: Muchas gracias.

Debo mencionar como un elemento anterior que debemos pensar la experiencia de una JRD como una especie de médico de cabecera, pero con un enfoque preventivo: aquel que cuida tu salud antes de que caigas en una enfermedad. Y, bajo esa lógica, lo que tenemos que identificar es que hay

tres funciones de la JRD: la primera función es la función preventiva, la más importante y determinante; vinculada a esta función preventiva se encuentra la función consultiva que requiere acuerdo de las partes para que exista una opinión no vinculante; y la tercera, que debería ser la que menos se usa, es la función decisoria.

De hecho, los incentivos en términos de honorarios deben estar enfocados solo a la función preventiva, y los extras, los honorarios diarios, por ejemplo, deberían estar pensados exclusivamente para la función decisoria como un incentivo o desincentivo para que las partes también planteen controversias a ese nivel.

Yo me voy a ocupar a las herramientas vinculadas a la función preventiva, y hay tres herramientas determinantes, desde mi punto de vista.

La primera tiene que ver con esta potestad que tiene la JRD para acceder a información, y esto con un enfoque preventivo, y es una herramienta que no tienen ni los árbitros ni los conciliadores porque la JRD puede y debe requerir la información relevante del proyecto, y aquélla que considere que está vinculado a una potencial controversia.

Todo ello, además de que la JRD debe conocer la correspondencia periódica relevante, debe hacer visitas al terreno, debe participar de las reuniones, todo lo que se ha mencionado. Y coincido en que cuando de hablamos de información y conocimiento, no solo me refiero a documentos, me refiero, sobre todo, a personas.

Bajo esa lógica, la JRD tiene la potestad de pedir, la presencia de especialistas que son relevantes, por ejemplo, pedir la presencia del supervisor, pedir frente a una controversia la participación del especialista en geología de cada una de las partes, para enfocarse y para adentrarse en la naturaleza de la causa de la controversia y la potencial controversia, todo esto bajo la idea del enfoque preventivo.

La segunda característica, la segunda herramienta, el segundo superpoder son «las preguntas potentes que realiza la JRD». Y aquí tenemos que quitarnos de lado el enfoque de arbitraje. Para empezar, el estilo de preguntas no es el del *cross examination* que, a veces, un árbitro puede hacer, sino de aquel que es parte del equipo y que indaga una necesidad del proyecto. Muchas de estas preguntas, es más, deben reflejar la experiencia de la JRD, y uno se da cuenta, a veces, cuando esa persona tiene experiencia en la materia. Puede tener experiencia en arbitraje, en contratos, pero una cosa es tener experiencia, por ejemplo, en la administración de contratos de obra, porque con esa experiencia puede hacer esas preguntas potentes que permitan identificar las causas del problema de la controversia. Por ejemplo, hay un problema vinculado a un túnel. Estamos en tunelería. Hay un desprendimiento de un revestimiento. Aquí puede ser un problema geológico, un problema de diseño, un problema de proceso constructivo. La función de la JRD es identificar la causa, la naturaleza del problema, indicar que por ahí está el problema y eso, de algún modo, ayuda a las partes a enfocar la manera como van a solucionar.

Otro elemento de esas preguntas potentes es, por ejemplo, analizar de manera conjunta la curva S de una reunión a otra; identificar cómo es que se ha liberado determinado frente o cómo va el progreso de determinada causal abierta que puede generar un adicional o una ampliación de plazo. Es un superpoder con que no cuenta un conciliador y un arbitraje.

El tercer superpoder, desde mi punto de vista, tiene que ver con que esa potestad, ese conjunto de acciones que tiene la JRD para promover e invitar a las partes a tomar determinadas medidas, pues aquí de lo que se trata es de que se sienten, incluso, conjuntamente con las partes y pueda identificar los riesgos. Pedir —como les decía— la presencia del supervisor, reuniones o entrega de información o pedir a las partes que se reúnan, por ejemplo, con el proyectista. Son parte de esos superpoderes que tiene la JRD bajo el enfoque preventivo. No estoy tocando la función consultiva, sino la etapa en la cual se realizan reuniones y visitas a obra que, además, deben ser constantes.

Y, desde mi punto de vista, la JRD tiene que ejercer sus poderes para que sea eficaz, uno con empatía, y el primer elemento clave de la empatía es que las partes deben sentir que la JRD sienten que ese es el proyecto también de la JRD.

El otro elemento tiene que ver con la razonabilidad que implica que, con base en la experiencia de la administración de contratos, cada uno de sus pedidos, decisiones, cuentan con un sustento razonable, incluso aquellos no escritos y, definitivamente, la transparencia, porque se trata de una situación a largo plazo.

Definitivamente, lo que he comentado hace referencia a un poder, y todo poder conlleva una gran responsabilidad.

Cuáles son los riesgos intrínsecos respecto de todo lo que he mencionado? Que si se ejerce mal, puede haber una pérdida de liderazgo, se puede asumir como si existiera un adelanto de opinión. Pero aun si se ejercen mal las funciones que he mencionado, se puede trastocar y la JRD se convierte en una especie de gerente del proyecto.

Hay riesgos extrínsecos también, pero no los voy a tocar ahora porque me parece importante que pensemos en términos de cómo mejorar la práctica en función o con relación, primero, a la función preventiva y consultiva, que es la más importante en la práctica de la JRD, en general, en la práctica de un *dispute board*.

Gracias.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Gracias, Ahmed. Esta presentación de los poderes y facultades nos hace claramente distinguir entre lo que es ser árbitro y ser adjudicador. El uso de esas habilidades que el adjudicador debe tener, precisamente, permitirá hacer un uso eficiente de los tres poderes o facultades que claramente has señalado.

Interesante ver gente adulta y mayor como Carlos y yo, y ver jóvenes tan entusiasmados en esta temática. Cuando yo vine a hacer esto, como en el 2012, no pensé ser testigo de que jóvenes como ustedes estén tan interesados en este tema.

Solo un pequeño apunte final. María del Carmen hablaba del éxito de los Panamericanos. Siempre me he preguntado lo siguiente: ¿por qué cuando se revisa tantas veces las leyes de contrataciones del Estado no se utiliza el modelo de la ley que se dictó especialmente para la Autoridad de la Reconstrucción con Cambios que sí ha funcionado, donde realmente los contratos sí buscan resultados y no buscan los intrínquilis para ver dónde encuentran la falla y por dónde te sancionan? ¿Por qué en nuestro país seguimos cambiando la ley? ¿Por qué no buscamos el modelo si tengo una comparación hecha, un análisis hecho entre la Ley de Contrataciones del Estado y la legislación especial para la Autoridad de la Reconstrucción con Cambios? Son impresionantes las excepciones. ¿Por qué los ingleses o los que vienen de afuera tienen que vivir con excepciones y los peruanos tienen que cumplir toda esas normas que nos agobian?

Muchísimas gracias.

**PRESENTACIÓN DEL VOLUMEN 85 - ACTAS DEL I CONGRESO VIRTUAL DE ARBITRAJE,
ABASTECIMIENTO Y CONSTRUCCIÓN DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO CUSCO 2020 DE LA
BIBLIOTECA DE ARBITRAJE DEL ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

Mario Castillo Freyre

Hugo Sologuren Calmet

César Guzmán-Barrón Sobrevilla

Gonzalo García Calderón

Karina Zambrano Blanco: Nos acompaña el doctor Mario Castillo, el doctor Gonzalo García-Calderón y el doctor César Guzmán-Barrón.

Doctor Mario Castillo, bienvenido.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, querida Karina. Un gusto ver a todos los colegas y amigos esta noche y, brevísimamente, vamos a presentar la obra. Aquí me acompaña César Guzmán-Barrón, antiguo profesor mío en la facultad y amigo de tantos años. Igual, Gonzalo García-Calderón, a quien conozco hace mucho tiempo y con quien llevé, además, mi primer arbitraje, a fines del 2001, así que es muy grato compartir este panel con ellos, pero es un panel muy breve porque, en realidad, este es un libro que todavía no hemos podido repartir por las cuestiones logísticas evidentes.

Para mí es una satisfacción muy grande el recoger las actas que transcriben aquello que se ha expuesto, conversado, contestado, discutido en el congreso del año pasado y en los congresos de los años pasados. Eso es bien importante.

Y como cada vez el formato electrónico está siendo más popular, todos los libros están colgados en la web del Estudio. Ahí los pueden consultar de manera libre y permanente todos los interesados, e incluso vamos a activar un mecanismo en virtud del cual se le diga al usuario: «imprime tu libro», es decir, se les va a dar unas características del libro: cuántos gramos por hoja, el tamaño, la cartulina de qué material es si quiere imprimir la portada, qué color es. Este año la *Biblioteca de Arbitraje*, Dios mediante, debe cumplir quince años y hay libros que están agotados, evidentemente. Entonces, si quieres tener tu volumen 1 porque recién te has incorporado al mundo arbitral o te falta algún volumen de los que tienes: lo imprimes.

Y, claro, podríamos llamar: «Piratéennos con todo gusto», porque la idea —creo— en tiempos modernos, en materia de publicaciones, debe ser libre del acceso, de la consulta y todo lo demás, en circunstancias como las que vive el país y el mundo.

Simplemente, quería decir eso, agradecerte Karina, infinitamente, la gentileza, el cariño de todos los años y ceder el uso de la palabra a mis colegas, los doctores César Guzmán-Barrón y luego a Gonzalo García-Calderón.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Gracias, Mario.

Mira, quería comentar lo siguiente. Te llamé hace dos días porque, efectivamente, no tenía el libro en físico. Y nosotros los mayorcitos, en mi caso, si no lo tengo en físico, no lo leo.

Sin embargo, me dijiste: «No, te lo vamos a pasar por este sistema».

He tenido oportunidad de darle una revisada general, no puedo asegurarte que he leído quinientas páginas, sería imposible. Sin embargo, quisiera hacer notar algunos comentarios, si me permiten, por algunos temas que se han tratado que a mí me parecen muy profundos y que son absolutamente vigentes, Karina, y te felicito por poner al día y sobre el escritorio, sobre la realidad peruana, esta temática.

Por ejemplo, me encantó el tema sobre los secretarios arbitrales y su responsabilidad porque creo que sigue siendo un tema vigente donde hay una suerte de corresponsabilidad o no con los árbitros y, sobre todo, el asesor del árbitro. A veces, el asesor sigue siendo casi como el titular, otras veces no. Lo digo porque ya tengo cuatro años con experiencia en el otro lado, como árbitro.

Entonces, ahí hay que tener mucho cuidado porque creo que siempre debemos tener en cuenta, como lo saben muy bien Gonzalo, Mario y Karina, el árbitro es un personaje que ha sido designado *intuitu personae*. Por eso es que hasta ahora no entiendo cómo puede haber árbitros que llevan cien casos, ochenta casos. No lo puedo entender, pero bueno. Es un tema que siempre será recurrente entre nosotros y que algún día tendrá alguna respuesta, pero este tema me parece central.

Uno segundo que también me encantó fue el sentimiento, la eficiencia o no de los arbitrajes en contratación pública. Sé que este tema también ha sido tratado el día de hoy o en estos días en el congreso; sin embargo, siempre me he preguntado si, efectivamente, son eficientes o no. Mi respuesta es positiva, pero creo que es necesario empezar a mirar hacia atrás, hasta qué punto fue la mejor decisión que la Ley de Contratación, hace muchos años, allá por el 1997-1998, se estableciera la obligatoriedad del uso del arbitraje en contrataciones con el Estado, más aún existiendo hoy la junta de resolución de disputas que podría ser, tal vez, más eficiente porque hoy hay tantos casos —y eso lo saben muy bien ustedes— terminan en el Poder Judicial. Entonces, al final estamos judicializando el arbitraje en lo que es hoy en el mundo, arbitraje y mediación, queramos o no, porque las entidades del Estado —con grave temor, a veces, sin mínima justificación y hasta han tenido que salir normas para evitarlo— llevan los casos al Poder Judicial y esto me hace preguntar también otro tema que me parece muy importante, que seguramente ha sido tratado: ¿hasta cuándo vamos a tener una sola ley? Yo creo que debemos tener dos normas separadas: arbitraje en contrataciones con el Estado y el arbitraje privado, para que este siga funcionando.

Y, por otro lado, tampoco dejo de mencionar la importancia de la vinculación que tiene el sistema para que sea eficiente con los pasos previos. La junta de resolución de disputas es lo que se llama arbitraje de mediación que hoy día está funcionando mucho en el mundo.

Finalmente, sobre este otro tema siempre me quedo con una duda tremenda. Hoy estamos con una situación muy grave: existen muy pocos árbitros registrados en el bendito RNA del OSCE. Quien les habla no está. No sé si estará Mario, no sé si estará Gonzalo. ¿Y por qué no estoy? Porque se venció mi inscripción. Entonces, dije: «No, ahora quiero volver a presentarme. —¡Ay! Tiene que dar el examen de tal, el examen de cual, el examen de etcétera, etcétera». Entonces, cinco muchachos nos van a examinar para ver si usted sabe pues, algo de arbitraje. Les dije, simplemente, «¿Saben qué?, ya no más». Y he tenido que desechar ene arbitrajes porque no estoy en el RNA.

Esto es un absurdo total que, en algún momento tiene que entenderse y cambiarse. Tú no cambias a las personas porque están en un registro o no. El valor de la ética de las personas se da en la vida, en la coherencia y no en las normas. Estoy totalmente de acuerdo y ustedes creo que estarán de acuerdo conmigo. No demostramos valores con cartones, esa ética no está en mi cartón.

Y otro tema también que me parecía muy interesante, disculpen que aproveche esta oportunidad para comentárselos, es cuando se habla de una mirada a la mediación, y aquí es donde, creo Karina, que sería muy interesante, si no se ha tratado de esa manera, en lo que es hoy día en el mundo lo que se llama «arbitraje de mediación». Es decir, el proceso comienza con el arbitraje y sigue con una mediación. Si se llegó a una solución mediadora, el acta se convierte en laudo para evitar los problemas de ejecución posterior. Es todo un tema muy largo que podríamos mencionar.

También se trata de la JRD lo que vamos a desarrollar. No voy a comentarlo. El carácter evolutivo de la tecnología que a mí me pareció un artículo muy interesante, una ponencia muy importante.

Y, finalmente, quisiera comentar algo más, que son las conferencias magistrales. Me parece que la que dio Mario es un testimonio de honestidad, de transparencia, de valor. Yo quisiera comentar que él trataba sobre problemas en el arbitraje y que nos habló de la Caperucita y del lobo feroz. Me imagino quién será el lobo hoy día y quién será la Caperucita. Lo único que digo es que me pareció algo que hoy día, quiero decirlo públicamente, una persecución inmisericorde a personas nobles y honestas, pretendiendo, de esa manera, buscar a los chivos expiatorios en los problemas de arbitraje. Y los

autores y protagonistas reales están cantando hoy día la conga y bailando en algún lugar y, probablemente, aplaudiendo a uno de los candidatos para la presidencia. Ahí quedo, dejo mi comentario, pero me parece que es todo un tema que con valentía trató muy bien Mario.

Finalmente, lo que Hugo mencionó, que no quisiera dejar de citar, la ética lo que necesita es la coherencia en la vida, y eso creo que es lo que nos falta.

Quiero terminar agradeciendo a ti, Karina, porque los congresos nos permiten hacer algo muy importante que es un valor humano: compartir conocimientos, compartir experiencias, porque, además, sembramos los avances que se dan, es necesario sembrarlos a través de estos foros. Y vemos jóvenes que hoy día han participado en este último panel que me han entusiasmado.

No puedo dejar de agradecerte, Mario. Siempre he dicho, y lo seguiré diciendo, tú eres un mecenas del arbitraje en el Perú. Tu colección de libros de arbitraje es impresionante. De hecho, te voy a comentar que ahora que ya no tengo oficina, ya no sé qué hacer porque en mi casa ya no entran, pero feliz de tenerlos porque realmente quienes vengan, ven y conocen este conjunto de libros y publicaciones se quedan admirados, que cómo es posible que una persona como tú, con tu entusiasmo, con tu dedicación, con tu entrega gratuita hayas hecho esto por el arbitraje en el Perú, y lo sigues haciendo, por eso es que hoy día se emocionó, porque emociona ver el esfuerzo de uno traducido en un libro, en una publicación.

Te agradezco muchísimo Mario, agradezco detrás tuyo a tu esposa, a tu familia porque ellos están detrás tuyo. Nadie es valiente por sí solo, lo es porque tiene una familia, entera e íntegra como la que tú tienes.

Gracias, Mario, por todo tu aporte a la cultura del arbitraje en el Perú.

Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, César. Muchísimas gracias. Gracias, Karina.

Bueno, ahora le toca el turno a Gonzalo García-Calderón.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Muchas gracias.

Decir algo de las actas del Primer Congreso Virtual lleva a recordar los inicios de cómo Karina empezó esta historia. Yo me acuerdo estar con ella en el Cusco y ella preguntarme en la plaza de armas cómo vería la posibilidad de llevar a cabo congresos internacionales en la ciudad del Cusco, y la verdad que le contesté que iba a ser un éxito rotundo. Ya lleva siete u ocho años en este esfuerzo de llevar adelante congresos cada año esmerándose, cada año consiguiendo más auspicios, más expositores. El del año pasado tuvo ochenta expositores entre árbitros y ponentes.

En fin, creo que es un impulso muy importante, como acaba de comentar César. Esto es un esfuerzo porque permite que tanto árbitros, abogados, procuradores podamos intercambiar alturadamente ideas, comentarios, discutir temas académicos y, evidentemente, fomentar también el arbitraje, establecer posibilidades de mejora, como que, en efecto, han salido del congreso posibilidades de mejora con el tema, por ejemplo, recuerdo que la doctora Bueno expuso el Faro de Transparencia, que ha resultado un éxito enorme, donde todos pueden acceder a la Cámara de Comercio de Lima y ver qué arbitrajes, en cuántos ha estado cada árbitro. El tema de iluminar, establecer un mecanismo donde todos tengan acceso a la información permite que el arbitraje se transparente y que esto no sea un club de amigos, sino que todos puedan acceder al mismo. Y comparto lo que ha dicho César con relación al RNA. Que la idea es ampliar el espectro con árbitros jóvenes para que esto pueda seguir yendo a más.

En consecuencia, Karina, la virtud tuya ha sido no solo el empeño, sino, además, el esfuerzo de conseguir a la mejor gente nacional e internacional que permita, justamente, esta necesidad de llevar adelante buenas prácticas internacionales dentro del arbitraje nacional que creo que se ha venido consiguiendo. Y el segundo, y esto te hace una ganadora, evidentemente. El año pasado se presentó la pandemia. Cuando ya estaba todo listo, la gente tenía, inclusive, reservados los hoteles, estaban los pasajes aéreos comprados y sobre la marcha hubo que improvisar este primer congreso virtual y dejar de lado el congreso presencial, lo cual también demuestra el empeño, porque hubiese sido mucho más fácil decir: «Lo cancelamos y esperamos». Y no fue así.

Eso motivó también, y lo podrán leer en el libro, como ha comentado Mario, que se llevó a cabo un panel de muchísima actualidad, de audiencias virtuales que han sido muy útiles a lo largo del 2020, y, evidentemente, ahora ya lo vemos con la mayor naturalidad y normalidad llevar adelante reuniones en Zoom, Google Meet, llevar adelante audiencias virtuales con testigos, peritos, pero habría que acordarse cómo empezamos en marzo, abril o mayo del año pasado.

Y el segundo grande que mencionar —porque la primera grande eres tú, Karina— es Mario. Son dos ganadores. Finalmente, Mario ha permitido con la *Biblioteca de Arbitraje* tener acceso a una serie de autores que, normalmente, no hubiesen sido leídos —probablemente, en alguna revista de Derecho perdida por ahí—. Pero Mario les ha abierto las puertas y ha publicado sus tesis, tanto de maestría, de doctorado. Ha recogido las actas de las diversas ponencias que, muchas veces, pueden quedar en el olvido y, en consecuencia, creo que es un mérito enorme de ambos, y esta sinergia creo que ha hecho posible que el congreso, conjuntamente con los expositores y con el libro que recoge las actas, tenga este éxito no solo a nivel nacional, sino internacional.

Muchísimas gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias. Muchas gracias a ustedes.

Bueno, Karina, a tus órdenes. Mira qué corto ha sido nuestro panel.

Karina Zambrano Blanco: Sí. Mira, les voy a contar algo.

Hace muchísimos años yo fui asistente de una magistrada en la Corte Suprema y me encargaba de transcribir las actas de las audiencias, las cuales tenía que elaborar luego de las sentencias. Felizmente, sabía taquigrafía y este ha sido el regalo más bonito de mi vida, porque sé lo que significa transcribir un acta y transcribir ochenta ponencias, y transcribir de la manera cómo ha sido transcrita.

Yo tenía la ilusión, después de asistir a tantos congresos internacionales, de convertir a Cusco como una sede atrayente de arbitrajes, así como era París, así como era Nueva York, Miami, pero de lo que no me di cuenta es que, en el transcurso, todo el equipo del congreso estamos convirtiendo el Perú como una sede atrayente de arbitrajes, y cuando hace poco, Katherine González, hace tres años me dijo: «Me preguntó alguien dónde podría hacer la práctica arbitral y lo mandé a Perú». Se nos ubicaba como el primer país en el mundo en el que se podía realizar una práctica transparente y, sobre todo, una práctica abundante.

Efectivamente, las instituciones no hicieron filtro de los árbitros. La sociedad estuvo expuesta a árbitros buenos, árbitros malos, árbitros incoherentes, pero la sociedad ahora tiene un Congreso donde se ha seleccionado previamente a sus expositores, sabemos cuáles son sus antecedentes y credenciales, y los participantes pueden ver la relación entre nosotros que es de confianza y respeto.

Todos pensarán que nos vemos todos los días, pero solo nos vemos en el congreso, y es el día que demostramos nuestro afecto y amor, y es la misma relación que queremos en la misma forma que vaya creciendo el arbitraje: con respeto, con confianza, con reglas claras y con transparencia.

Creo que nuestra relación en todas las ponencias demuestra que nosotros somos transparentes, y demuestra la coherencia en nuestras vidas, y yo estoy eternamente agradecida porque el esfuerzo que hace el doctor Mario Castillo de tener tantos libros, de dedicarse a las actas, de hacer esta biblioteca hermosa, a pesar de tener familia, a pesar de tener la esposa, a Laurita, al hijo Marito, dedicarse tanto tiempo a esto, esto es un don.

Realmente, doctor, es cierto, yo quiero confirmar que usted es el mecenas del arbitraje y mi eterno agradecimiento, y en nombre de todos los expositores, de todos los alumnos y de todas las generaciones, de nuestros hijos, de nuestros nietos, leyendo estas actas nos van a conocer.

Muchísimas gracias, es un honor ser su amiga.

Mario Castillo Freyre: Gracias a ti, Karina, el honor es mío, que tú seas amiga mía, amiga de todos nosotros. Y, además, siempre renovando el compromiso de seguir apoyándote en este tan bonito congreso que haces año a año.

DÍA 4

ABASTECIMIENTO PÚBLICO Y COMPLIANCE

Arbitraje, recursos estratégicos, abastecimiento e historia

*Martín Hernando Romero Pacheco*¹

PANEL I: EL IMPACTO DEL ABASTECIMIENTO PÚBLICO EN LA SOCIEDAD

Compliance en la contratación pública y la implementación del programa de habilitadores ciudadanos

*Igor Morales*²

El *compliance* en el ejercicio de la actividad minera

*Gabriela Jáuregui Morán*³

Sistema Nacional de Abastecimiento y la contratación pública en el Perú

*Ricardo Salazar Chávez*⁴

Planificación de compras públicas en Brasil y la futura nueva Ley de Licitaciones

*Eduardo dos Santos de Guimaraes*⁵

El errático camino del *compliance* en el sector público peruano

*Juan José Martínez Ortiz*⁶

La relación entidad-contratista y las buenas prácticas de gestión contractual

*Gustavo Bayona MacPherson*⁷

¹ Profesor e historiador. Premio Nacional de Ensayo, Ministerio de Cultura; Premio María Reich a la Investigación. Estudios de posgrado en la Facultad Latinoamericana en Ciencias Sociales (Flacso), Quito; Universidad de Wisconsin, Estados Unidos; y en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Capacitador de profesionales en servicio en temas de convivencia y resolución de conflictos. Es director regional del programa Administración Laboral Juvenil y Conflictos Juveniles. Relacionista comunitario en solución de conflictos e intervención en programas sociales. Investigador de roles de Estado-sociedad.

² Con treinta años de experiencia en el área de recursos financieros. Es director y fundador del Centro de Innovación para las Contrataciones de Abastecimiento Estatal. Es director general de la Red Latinoamericana de Abastecimiento, director de Certificaciones del Capítulo chileno de la World Compliance Association; director del Capítulo chileno de Ombudsman; director académico del Instituto Latinoamericano de Contratación Pública y miembro del Capítulo chileno de la Red Académica de Gobierno Abierto.

³ Abogada por la Universidad de Lima, con especialización en Gestión de Calidad Ambiental por la Universidad Nacional Agraria de La Molina. Diplomada en Derecho Minero y Ambiental por la Universidad de Ciencias Aplicadas. Diplomada en derecho minero, Gestión, Responsabilidad Social y Ambiental, por la Universidad del Pacífico y egresada de maestría en derecho en la Escuela de San Francisco Xavier. Conferencista en diferentes eventos mineros, brinda asesorías como independiente, vinculada al tema del negocio minero a través de Jáuregui Morán & Asociados. Es miembro de diversas instituciones, organizaciones de minería, etc., y además, es una de las prominentes abogadas de *Latin Lawyer 500*.

⁴ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Contratación Pública en la Universidad de Castilla-La Mancha. Estudios concluidos de maestría de Derecho Constitucional. Ha ejercido diversos cargos en entidades públicas como presidente del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, antes denominado Consuode. Ha sido presidente de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales. Tiene experiencia en diversos cargos de entidades públicas, como el Instituto Nacional de Planificación, la Contraloría General de la República, la Presidencia del Consejo de Ministros, el Poder Judicial, etc. Docente de Derecho Administrativo y Contratación Pública.

⁵ Maestro en Administración Pública. Servidor del Tribunal de Cuentas de Río de Janeiro y coordinador de la Red Latinoamericana de Abastecimiento, Capítulo brasileño. <www.eduguimaraes.com> Instagram: @professoreduguimaraes

⁶ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Corporativo por la New York University School of Law. Con estudios en economía de regulación de servicios públicos. Ha sido asesor de entidades del sector público y privado. Especialista en Derecho Administrativo. Se ha desempeñado como director de Perupetro y Sedapal, y como miembro del Consejo de Solución de Controversias del Osinergmin.

⁷ Abogado, consultor y árbitro, con especialización en materia de contrataciones del Estado, Derecho de la Construcción, gestión de contratos, manejo de conflictos, solución alternativa de disputas y arbitraje. Se desempeña en la consultoría y la defensa en diversas entidades públicas. Ex secretario general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria y Producción de Tacna y fundador del Estudio Bayona MacPherson.

Karina Zambrano Blanco: En el CAEN, el Centro de Altos Estudios —antes eran militares ahora son nacionales—, aprendí que si una persona no conoce su realidad, no conoce su país, no puede ayudar.

A colación traigo esta reseña porque he invitado a Martín Hernando Romero Pacheco, que es un historiador cusqueño, a quien conozco desde hace algunos años y estamos formando un curso de historia para que los peruanos y América conozcan cuál fue el beneficio, cómo se originó la cultura inca y cómo logró sobrevivir en el tiempo.

Quisiera que lo escuchen porque en el panel vamos a resolver una pregunta: ¿qué pasó con nuestros ancestros? ¿qué pasó con nuestra historia? ¿por qué el Perú, América Latina y el mundo no puede lograr vencer esta pandemia?

Martín, bienvenido a tu casa, el micrófono es tuyo. Puedes empezar, Martín.

Martín Hernando Romero Pacheco: Voy a tratar un poco sobre los orígenes, una especie de genealogía del arbitraje en cuestión de abastecimiento, cuál es el criterio de los expertos en arbitraje en abastecimientos, sus raíces, sus fundamentos históricos, sobre todo.

En este caso, voy a hacer una especie de arqueología del arbitraje en tanto el abastecimiento en lo que concierne a la cultura andina versus fundamentos estructurales e institucionales.

Esta charla pequeña, a la que agradezco que me hayas invitado y el honor de estar con estos expertos, tiene como fin ubicar el aspecto cultural de la misión del árbitro. Cultural en tanto su provisionamiento, vale decir que cuando estamos frente a una institución, frente a un caso de arbitraje, frente a un caso de conflicto, una de las variables que se tiene que ver, obviamente, es la variable cultura. La variable cultura que es esencial, puesto que no todo es eso económico en tanto instrumental objetivo, sino que detrás de los conflictos existe pertinencia cultural, y esa pertinencia cultural tiene que ver, está intrínsecamente ligada con lo histórico.

Entonces, en esta pequeña charla voy a tratar de darles algunas pistas, algunos *típs* al vuelo para que ustedes identifiquen esos *típs*, esos aspectos centrales de cómo entender, muchas veces, eso que es ilógico, no económico, no legal en la gente.

Entonces, vamos a verlos con conflictos, vivimos mucho de prueba, ¿por qué no construyen en ese lugar? Porque es un sitio cultural, pero que es solamente es un cerro. No, debe haber algo más que cerro, debe haber relaciones más intensas.

Ese es el objetivo de esta charla y, entonces, como historiador para ver la parte total, quiero apegarme a la categoría de permanencia, y el hecho de que no todo lo pasado es malo o pasado, ni todo lo futuro es necesariamente bueno. Que existe lo que se llama rearaización.

Quiero basarme en dos enfoques más o menos teóricos que nos dan la permanencia. Más o menos por los años cuarenta, cincuenta, cuando ya está entrando en crisis el sistema llamado socialismo real, pero también se ven ya los problemas de la posguerra, Karl Polanyi, un antropólogo economista, comienza a ver los fundamentos de la economía, o sea, más allá de lo económico, de la mercancía dinero, y escribió un famoso libro *Comercio y mercado en los imperios antiguos*. Te dice que más allá de la mercancía dinero de estas transacciones, hay categorías más profundas y él estudia los *shocks* de Marruecos, entonces, se va creando un nuevo tipo de economía, del concepto de «economía», y E. P. Thompson, el famoso historiador inglés, comienza a hacer estudios dentro del marxismo, por supuesto, del debate marxismo-estructuralismo, marxismo-liberalismo, y comienza a decir que la economía no solo es espasmódica, como él dice, o sea que no solo obedece a una atención liberal de

comercio, de ganancia, sino que también hay factores morales en la economía, y más tarde vamos a ver cómo Amartya Sen le da esta connotación.

Entonces, con estos marcos teóricos, más lo que se llama derecho indiano —Ots Capdequí, Víctor Tau, Salvat Monguillot y todos estos grandes abogados que estudian lo que se llama el derecho indiano—, vamos a analizar un poco la historia de los arbitrajes en torno al abastecimiento, un rápido panorama respecto del arbitraje históricamente dado de estas bases históricas que vienen desde el prehispánico.

El primer arbitraje histórico respecto de abastecimientos creo que lo encontramos en el prehispánico, con la reciprocidad. Por eso es que acá pongo la reciprocidad como algo que cruza toda la historia con un sentimiento que va cambiando de forma, pero que es una permanencia y tiene como eje la resiliencia.

Uno se pregunta cuando ve la historia andina, ¿por qué aquí no hay conflictos irresolubles graves y profundos como en Colombia, por ejemplo, dictaduras como las de Chile de los setenta, o las de Argentina o las crueles del Paraguay o exclusiones como las de Brasil? Aquí hay muchos de esos, por supuesto, no estamos en el paraíso, pero no a ese nivel, no ha habido crisis así profundas. Ni la crisis del 1929, ni del 2008, ni del 1973 han sido, pues, totales y acabadas, que acabaron con la estructura.

¿Por qué en los Andes y, sobre todo, el Perú con todas sus limitaciones ha logrado salir adelante? Porque hay instituciones mentales fuertes que funcionan, que no se ven dentro de la óptica y el enfoque y el paradigma oficial, pero sí hay que entenderlos antropológicamente para resolución de conflictos, en este caso, de abastecimientos.

Sabemos que con el Estado que se forma hace tres mil años antes de Cristo [...] o mil antes de Cristo, de acuerdo a la teoría de Tello, el Estado surge de la necesidad de solucionar un conflicto. ¿Qué es el Estado? El Estado es fundamentalmente, una institución resolutoria de conflictos. Y aquí tenemos el control de un máximo de pisos ecológicos, porque a diferencia de las demás civilizaciones donde tenemos todo planito —todo, climas altos, un promedio de 26, 27 grados por encima, todo planito, unas llanuras enormes, ríos enormes, el río Ganges, el río Yangtzé, el Tigris y el Éufrates, el Nilo, las Pampas de Teotihuacán—, acá hemos creado una civilización en los Andes, terriblemente accidentada con pisos ecológicos, entonces, ya que les daba una pequeña reseña de cómo este momento inaugural, este momento que se llama, que los historiadores llamamos y para estudiarlo después, es un hecho generador de historia, generan los demás pactos.

La Colonia, hasta 1740, fue un espacio de pactos. No nos olvidemos que la colonia genera algo que es fundamental: un pacto colonial. El 99 % de los Andes se alía con los conquistadores para derrotar a la tiranía inca, y como, a su vez, es la primera colonia ultramarina porque todas las colonias antiguas eran dentro del Mediterráneo y se podía navegar, o mediterráneas o terrestres. O sea, se forma un pacto, el primer arbitraje que en la historia vemos, así, son las leyes de Burgos. Se dan en España para una convivencia entre esta sociedad que había sido invadida en el siglo VII por los moros, estaba todavía con los visigodos anteriores, romanos, judíos que en el 115 después de la expulsión de Tito habían ido a España, entonces, y con toda la carga intelectual que llevaron los moros que iniciaron ocho siglos antes que, en Italia, el renacimiento en España, la primera universidad y la primera burocracia y los primeros grandes árbitros.

Entonces, hacen un pacto, los que ayudan a los españoles o los que derrotan a los incas hacen un pacto, ellos son los que van a manejar el recurso justo en el modo del control de pisos verticales.

Los estudios de John Murray, Hans-Dieter, [...], Carlos Sempat Assadourian nos hablan de cómo este arbitraje *de facto* se daba en la cantidad que decían ellos cuánto dar, cuánta cantidad de tributo, cómo y cuándo, obviamente, con el *mallki* que los miraba ahí o la momia que los miraba desde sus *toeos* o desde sus *manchay*. No nos olvidemos que quienes manejaban la ruta de la plata, la ruta

principal, eran caciques. Esta ruta enorme que iba desde el Callao; todos los Andes; Potosí, una de las cuatro ciudades más ricas; hasta Buenos Aires; eran andinos. Ese es, yo creo que el primer pacto.

El manejo del arbitraje fue un mecanismo fundamental, ya que el manejo de la reciprocidad andina, que viene desde el prehispánico y luego se redefine en la Colonia, va a ser una constante en la República y en la actualidad. Vale decir que las formas de reciprocidad, las formas de arreglar conflictos, de tener mecanismos institucionales de resolución de conflictos y arbitraje han sido muy favorables en los Andes. Recordemos un caso fundamental: el caso de los repartos de tierra, cuando a fines del siglo XVI e inicios del XVII surge la pandemia y muchos nativos mueren. Un grupo de encomenderos toma las tierras de los llamados indígenas. España tiene una calidad tan grande de resolución de problemas que manda a Jerónimo de Cabrera Lautau a hacer lo que se llama el «reparto y composición de tierras» —esto quiere decir que ha habido siempre una capacidad de negociar— y se devuelven las tierras. Luego, cuando estas tierras son quitadas en el siglo XVIII, con la independencia, estas tierras van a ser, de alguna manera, resarcidas con una acción de las comunidades que campesinas, los movimientos políticos que se generan desde Iquicha, y lo mismo va a ocurrir en el resto de la República, cuando las comunidades campesinas van a tener capacidad de negociar con el Estado peruano todo el asunto de tierras, abastecimiento y arbitraje.

Con esto quería dar un panorama de cuán importante y cuán permanente ha sido en la cultura andina desde el prehispánico esta vocación de arbitraje, esta capacidad de factores favorables para la conciliación.

Karina Zambrano Blanco: ¿La cultura andina todavía existe en el Perú o ya no existe?

Martín Hernando Romero Pacheco: Claro, es lo que se llamaría una permanencia. La cultura andina vendría a ser la capacidad permanente de pactar.

Entonces, como he demostrado en la ponencia, pacta primero con el medio adverso, pactan entre ellos para intercambiar productos, puesto que, por ejemplo, proteínas se produce a 4200 [metros], carbohidratos a 3200, vitaminas a 500. Entonces, en esta complementación de productos de nichos ecológicos hay una cultura andina. Luego, en la Colonia hemos visto cómo el Estado colonial pacta con los curacas colaboradores contra los incas. Luego hemos visto cómo hay un pacto en la República entre comunidades campesinas y el Estado criollo.

Luego, en el siglo XX, por ejemplo, Leguía es un ejemplo de cómo pacta con las comunidades del sur. Hay una cultura andina en términos de arbitraje y de pactos que mantiene esta resiliencia, esta reciprocidad, que no es una cultura de ruptura, más bien, es inclusiva.

Muchos hablan de resistencia andina, pero no se dan cuenta de que la resistencia andina es, justamente, la adaptación permanente y la recreación de la misma en los diferentes tiempos. Son más modernos que nosotros, entonces, yo diría que no hay que ver a la cultura andina como un arcano, algo distinto, qué miedo. No, están más o tan actualizados como nosotros con la cultura moderna de reciprocidad y pactos.

Karina Zambrano Blanco: Gracias, Martín.

La cultura andina pudo existir a raíz de la reciprocidad. El constante intercambio y trueque con sus vecinos y pueblos cercanos. Ha sido excelente entender ello y espero que nuestros expositores puedan captar tu mensaje.

Vamos a dar inicio al primer panel para el día de hoy, y está presente con nosotros el reconocido doctor Igor Morales.

Igor Morales: Buenas tardes.

Agradezco por haberme invitado a moderar este panel. Los cargos nombrados los ejerzo desde la disciplina de mi formación que es la de ingeniería, pero siempre mirando los objetivos que permiten innovar a este mundo de continuos cambios y de incertidumbre por esta gran pandemia, gran desafío de mantener control de la gestión o los mecanismos de prevención, como lo es la gestión del cumplimiento (*compliance*).

Cuando dejamos de hablar de bienes, obras o servicios y pasamos a hablar de vidas, y en donde el tiempo apremia y los estados de trabajo pasan de la urgencia de sensibilidad, es muy importante lo que hoy vamos a ver.

Aprovecho este panel para agradecer a todos y a cada uno de los actores sin nombre que han hecho posible que aún estemos vivos.

Vengo de un país lejano, bueno, no tan lejano, lo tenemos al lado. Lejano para el viejo continente y cercano para los hermanos peruanos en donde estamos *ad portas* de comenzar a reescribir nuestra carta constitucional, y en donde se espera estemos a la altura de los nuevos desafíos que nos depara la pospandemia.

Como todas las naciones, hemos sido afectados de una u otra forma. Al mediodía de hoy, las autoridades de este país han decretado la cuarentena total de la región metropolitana, en donde vive más de la mitad del país, pero tengo fe que saldremos adelante como nación. Siempre lo hemos hecho, pero tal como decía el profesor anteriormente, para salir juntos, necesitamos un gran factor social. Estamos trabajando desde la sociedad civil en ello.

Mi presentación inicial viene de los casi treinta años de trabajo en abastecimiento y la logística. Desde los computadores de donde existían la doble disquetera con pantallas de color ámbar. Mi carrera comenzó en los archivos provisionales, llegando a ser jefe administrativo de uno de los mayores servicios públicos en términos de dimensionamiento y articulación. Y de ahí a la sociedad civil, a conversar, a dialogar e incluso a mediar.

Voy a tratar de ser somero en esta presentación inicial e iré hilando la conversación con los panelistas.

Formamos una organización en el 2004, articulamos varios temas relacionados con las organizaciones sociales vinculadas con la materia de abastecimiento y generamos integraciones y vinculaciones que han permitido innovar y mejorar el proceso, permitiendo mitigar el impacto de los riesgos que *compliance* otorga.

El llamado es a seguirse vinculando con o sin estructura. Hoy somos 77 organizaciones de la Sociedad en Acción, y no solo en Chile, sino también en Perú, pronto en Brasil, Panamá y España.

La comunicación es fundamental para la mejor comprensión de qué es lo que se quiere, cuándo y para cuándo, y con qué recursos, factor imprescindible dentro de los elementos necesarios del abastecimiento.

Aquí hay dos temas y son puntos fundamentales. Primero, el panorama mundial: hoy día lo que hay en el mundo es una reducción del gasto fiscal, un incentivo de la inversión pro empleo, compromiso de desarrollo sostenible, el paradigma del Estado cerrado al Estado para navegar. Hoy día 78 naciones tienen compromisos de acción relativos a cómo mejorar e innovar en el Estado abierto, en términos de transparencia, en términos de rendición de cuentas, en términos de participación.

Tenemos el paradigma del teletrabajo, todos están montados en teletrabajo. Ustedes están en teletrabajo, yo estoy en teletrabajo. Hoy día estoy, lamentablemente, en cuarentena no sabemos cuándo vamos a salir.

Tenemos espacios de riesgos de ilícitos que se podrían generar producto de esta pandemia, tenemos innovación, en lo que decía el profesor anteriormente en lo del trueque en la economía circular, en cómo ver las necesidades conjuntas de la sociedad, y cómo mejorar y obtener esa posibilidad de lo que había en nuestros ancestros que era el trueque, que yo te daba leche y tú me das pan. En esa economía estamos sobrelevando y tratando de conversar para llegar al bienestar social. El bienestar social son los elementos de primera necesidad que logran para satisfacer las necesidades verdaderas de las personas.

En temas de *compliance*, tenemos cuatro aspectos importantes. Un tema de *compliance* permite mitigar los impactos negativos de la responsabilidad civil y penal de la alta gerencia y de autoridad de gobierno que pudiese verse afectado. Es muy importante la materia y, en ese aspecto, se requiere de un seguimiento y dedicación de un equipo, monitoreo permanente a nivel de *staff*. De *staff* significa a nivel de asesoría, una autonomía absoluta de la línea de operaciones de la empresa o servicio público, porque puede haber alguna situación y tenemos que disminuirle. Por lo tanto, quien tiene que tomar la decisión es la autoridad, en el caso de servicios públicos, o el gerente, en el caso de la empresa. Debe tener protocolos, directrices ligeras, de modo de actuar rápidamente ante eventos que pudieran producir riesgos, algunas veces incuantificables porque yo supongo que los abogados que están acá que hayan visto esta materia pueden también respaldarme en cuanto a que algunas veces los eventos que se producen son realmente incuantificables. Entonces, ahí hay que poner en la balanza cuáles son los mecanismos que tenemos que actuar rápidamente a fin de subsanar y para eso tiene que ser el proceso en forma ligera. Y cuarto, el daño producido siempre es más que mantener, a lo menos, a un oficial de cumplimiento que, efectivamente, sea capaz de prevenir sus acciones, en especial, en épocas de incertidumbre como la de hoy día, que es la pandemia.

¿Cómo lograr este tema del *compliance*? En el Perú y en otras naciones, hay leyes y reglamentos. Acá, en Chile, tenemos una reglamentación que data del año 2018. En términos de los sectores públicos también tenemos una unidad en el sector financiero que detecta posibles riesgos y también trata la materia asociada y mejora los procesos. Pero hay un proyecto que hemos tratado de generar con los colegas del Capítulo chileno del defensor, y con los colegas de la labor de *compliance*, el tema de habilitar al ciudadano, que es un proyecto que no lo hemos creado nosotros, que ya está implementado en Costa Rica a través de la Organización de los Estados Americanos.

¿Qué son los habilitadores del ciudadano y qué es un habilitador del ciudadano? Son ciudadanos especialistas en cada una de las ciencias de saber, permiten contener eventuales requerimientos de actores del proceso, hay algún problema, etc., ellos lo contienen. Poseen competencia de ideas necesarias para prevenir y sugerir caminos de solución. Son asesores, o sea, median. Desarrollan sus actividades con autonomía y dedicación en territorios, previniendo y disminuyendo eventos que pudieran crear riesgos. Deben actualizar siempre sus competencias y habilidades, y por eso, por lo tanto, se certifican frecuentemente. Eso es muy importante en el tema todo lo que sea capacitación, es muy relevante en términos de que se puedan generar certificaciones en las diferentes materias. Quizá en abastecimiento también se pueda ejercer certificaciones. Sé que a través de la contratación pública se han generado esos mecanismos, pero, no obstante, hay que actualizarse.

Entonces, para proseguir me corresponde presentar a los panelistas. Comenzaremos con la destacada especialista en minería, Gabriela Jáuregui Morán.

Gabriela Jáuregui Morán: Gracias.

Es un placer compartir con ustedes algunos minutos respecto al tema que se me ha asignado en esta tarde: el *compliance* en el ejercicio de la actividad minera.

Ya llevamos viéndonos las caras muchos años, Igor. Para nosotros siempre ha sido muy bueno contar con tu presencia y me has ayudado mucho porque, justamente, mi tema es el *compliance* aterrizado en las actividades mineras y, como hemos conversado muchísimas veces, este tema de *compliance* nunca se va a acabar. Siempre es algo muy enérgico, activo y va marcando historia.

El *compliance* es un tema que se puede aplicar a cualquier actividad. Yo la estoy haciendo desde el punto de vista de la actividad minera porque en minería tiene una característica muy peculiar, así como en Chile, la minería en Perú es una actividad de la cual podemos cogernos, quizás, para salir adelante después de este flagelo, tanto en temas de salud que ha jalado temas económicos.

La minería va a ser un salvavidas muy grande, no va a ser cualquier salvavidas, va a ser uno muy grande. A diferencia de Chile, en Perú tenemos muchas empresas mineras, cuyas matrices están afuera, en Estados Unidos, Canadá, Australia, Inglaterra, Reino Unido, ahí sí tenemos una gran diferencia con Chile donde la minería es, básicamente, nacional. Al ser esta característica peculiar de esta dependencia de empresas matrices, el *compliance* se ha vuelto sumamente necesario y ya imprescindible porque no solamente se va a implementar en la empresa que tiene la subsidiaria acá en Perú, sino que va a surgir desde la matriz.

Como suele suceder, los sistemas de implementación de *compliance* a nivel internacional son bastante rígidos, exigentes y, es más, si hay algún incumplimiento en una empresa minera que viene a ser una subsidiaria aquí en Perú, la multa que le van a poner a la empresa matriz va a ser tan cuantiosa que acá de repente en Perú no se podría cubrir.

Entonces, esa es la diferencia mayor que yo encuentro respecto a las implicancias del *compliance* en las actividades mineras.

En Perú siempre salimos a hacer publicidad muy fuerte en foros como, por ejemplo, el de Toronto, que se llevó a cabo hace quince días, y ofrecemos el gran panorama acá en Perú, ya sea porque tenemos minerales muchos, tenemos estabilidad jurídica, tenemos estabilidad económica, estamos saliendo de esta crisis muy bien con una perspectiva espectacular, así que siempre ofrecemos a que vengan inversionistas acá a Perú y, específicamente, a invertir en minería y decimos, por ejemplo, actualmente que tenemos algunos proyectos muy simpáticos que no son muchos, pero son simpáticos para la situación que estamos viviendo, y podemos resumir que son siete a esta fecha y los montos que tenemos no son pocos. Por ejemplo, vemos uno de 2100 millones, otro de 130, de 140 de 70, 579, 422 y 136 millones.

Entonces, sumados estos es una cartera muy simpática de proyectos que tenemos al día de hoy, pero, obviamente, no es nuestro objetivo quedarnos con estos, tenemos que ir más allá. Y también tenemos una cartera simpática de proyectos ya en construcción que son cuatro grandes proyectos y dentro de ellos resalto el de Mina Justa que podemos verlo en la pantalla de 16 00 millones porque está *ad portas* de iniciar su producción.

Ya se ha cumplido con varios requisitos, es un proyecto muy simpático muy bueno y da trabajo a miles de personas. Entonces, no solamente tenemos los proyectos en construcción, sino también tenemos algunos proyectos ya simpáticos de exploración. Pero bien, entonces, ese es nuestro panorama, eso es lo que queremos nosotros reflejar en el mundo y para ello debemos tener una especie de cumplimiento en todo lo que son los procesos de implementación del *compliance*.

Las empresas mineras necesitan, es un *must*, implementar un sistema de cumplimiento corporativo. Definitivamente, lo tienen que hacer, no puede existir a la fecha alguna empresa minera que ya no haya hablado, quizás todavía no ha implementado, pero que no haya proyectado la implementación del sistema ya no existe. Es algo que sus matrices están exigiendo, y como había comentado, la mayoría de empresas que hay en el Perú son subsidiarias de matrices de diferentes partes del mundo. Entonces, este sistema le va a permitir generar una cultura ética y de cumplimiento en sus diferentes organizaciones.

Todas las empresas, como cualquier otra empresa, también tienen un organigrama, entonces, el *compliance* tiene que ser mapeado e, implementado en cada etapa de su organigrama. Cuando hacemos esta implementación de la gestión, la empresa minera podrá detectar a tiempo, de manera preventiva, en la implementación de estos sistemas.

En minería se va a detectar a tiempo los riesgos relacionados con diferentes actos como pueden ser también delitos vinculados, por ejemplo, a corrupción, al lavado de activos, a terrorismo, y tanto por parte de sus representantes como por parte de sus colaboradores.

Te comento que en Perú, el delito del lavado de activos se reguló muy fuerte a través de normas vinculadas a la minería ilegal. Muchas de las empresas mineras van a advertir esto dentro de su implementación de los sistemas de la gestión de *compliance*, van a advertir a tiempo que podrían vincularse a este delito de minería ilegal por cualquier forma. Hemos hablado tanto de representantes que pueden ser los directores, los gerentes, como sus propios colaboradores, sus empleados.

Y en minería hay tres grandes grupos que hacen actividad minera. Las mineras, definitivamente, las empresas contratistas mineras que son las empresas que reciben el encargo de la empresa minera para hacer minería y las empresas contratistas y actividades conexas, como podría ser, pues, una empresa de transporte, aquella que transporta los trabajadores desde una estación hasta el socavón, por ejemplo.

Podría ser una empresa contratista de actividad conexas, de repente, la empresa que está encargada de sacar las fotocopias de los documentos. Entonces, tenemos varios grupos a los cuales debemos vincular. La implementación de los sistemas de cumplimiento en minería es un largo camino, no va a ser fácil hacerlo, pero es necesario. Los riesgos se vinculan directamente con la gestión de permisos. En Perú tenemos una permisología, ya la hemos llamado así: una permisología muy grande que cumplir.

Las empresas mineras muchas superan más de mil permisos para poder operar, tienen que sacar permisos de todo tipo, por ejemplo, aquella empresa que, de repente, va a trabajar en socavón tiene que sacar permisos para usar explosivos. Aquella empresa que va a, por ejemplo, usar agua también tienes que sacar permisos para el uso del recurso hídrico y, generalmente, todas las empresas usan agua. Algunas reciclan, hay algunas empresas que obtienen el agua del mar, luego, a través de un proceso de ósmosis inversa, la pueden usar dentro de su operación. Pero para eso también necesita un permiso y ni qué decir lo que dijo el historiador y profesor al comienzo, también necesitamos permisos para usar el terreno superficial, entonces, tenemos muchas áreas que distinguir dentro de la implementación de estos sistemas de *compliance*.

Para ello, para obtener estos permisos, siempre, siempre va a haber una relación con los funcionarios públicos, con las autoridades locales, nosotros ya nos manejamos por gobiernos regionales y hay algunos que asumen la competencia del Gobierno central, entonces, vamos a tener que acudir a las autoridades locales con los dirigentes de las poblaciones cercanas. No siempre hay comunidades campesinas, por ejemplo, cuando uno viaja a la localidad donde se va a llevar a cabo la actividad minera, podemos distinguir quiénes son las personas con influencia, no necesariamente puede ser una autoridad. Me ha pasado en experiencia propia, por ejemplo, que se estableció que había en una zona una señora que preparaba la comida para muchas personas y era una líder de su comunidad. Hay que conversar con esas personas, con estos dirigentes o también tenemos que conversar con los representantes de las comunidades de las zonas aledañas al proyecto, entonces, tenemos una vinculación directa con varias personas, tanto del sector público como del sector privado.

Entonces, todo esto tenemos que mapearlo para hacer el cumplimiento, y no ingresar en riesgos, entonces, de manera preventiva, debemos distinguir cuáles van a ser nuestras funciones en cuanto a ese tipo de relaciones. Por otro lado, también vamos a tener relaciones con nuestros propios clientes. O sea, nosotros, generalmente, exportamos el mineral, entonces, vamos a tener pedidos, por ejemplo, de la India, de China, de Japón. Entonces, estos son nuestros clientes, cómo vamos a conversar con ellos.

En mi experiencia, hace algunos años tenía un cliente que ofrecía un insumo para la minería y recién había llegado a Perú y para él era difícilísimo llegar a ofrecer este insumo para las empresas mineras porque los jefes de las áreas de logística ya tenían firmados contratos con ciertos proveedores.

Entonces, había una dedicación una exclusividad, un predominio a solo comprar a ciertos proveedores; pero si implementamos este sistema de *compliance* en esta actividad minera ya no van a suceder esas cosas. Todo va a ser sumamente claro y abierto, va a regir el precio de la demanda y la oferta del mercado, el precio menor va a ser el más beneficiado, al igual que la calidad del producto.

Entonces, a la larga, el *compliance* va a intervenir en cada etapa de la actividad minera. Asimismo, va a haber tratos con los proveedores como lo comenté y con los contratistas que ya comenté también. Entonces, el *compliance* en cada etapa de la actividad minera va a ser sumamente necesario. Para implementar este sistema de cumplimiento, de todas maneras, y me parece que tú también lo mencionaste, de todas maneras, tiene que haber en un compromiso absoluto con la alta dirección. La alta dirección tiene que estar comprometida porque la alta dirección va a ser la que lidere.

Cuando se implemente este sistema tiene que nombrarse una persona encargada del cumplimiento que ejercerá su función de manera preventiva. Siempre lo va a tener que hacer de manera preventiva, y tienen que ser estas funciones y responsabilidades asignadas claramente definidas, es decir, tiene que haber un documento de las primeras reuniones, levantar actas. Luego, establecer un código y definir cuáles son las funciones de esta persona. Para ello vamos a tener que recomendar la elaboración de un Código de Ética y Conducta, cómo cada uno va a tener que comportarse con este tipo de relaciones que hemos comentado, con el dirigente de una comunidad campesina. Por ejemplo, tenemos que decirlo y el canal directo para llegar a ese *compliance*, a esas normas de cumplimiento, tiene que ser claro, tiene que haber un canal expresamente claro para que todos los vinculados a la actividad de esta empresa minera lo sepan.

No podemos ir por las dudas y tampoco podemos ir por canales indirectos porque no queremos, de repente, en algún momento, señalar con el dedo a alguien que no está haciendo la función correcta. Tiene que ser absolutamente directo y —como dije—, todo tiene que ser escrito y registrado, y para ello tenemos que establecer planes y programas de trabajo para comprender cómo es que se va a desarrollar e implementar este sistema de *compliance*.

Debe haber un modelo de prevención y cumplimiento de los objetivos, qué es lo que yo necesito con la implementación de este sistema, cuál es mi objetivo y cómo voy a mejorar llegar a ese objetivo, cuál va a ser el aporte, porque esto no es estático, obviamente, de acá a unos días más de repente vamos a tener que implementar otros sistemas de comunicación, como los hemos implementado muy rápidamente a causa de la pandemia.

Desde ya, por ejemplo, en algunas minas hablamos de la robotización. Van a haber robots que, de repente, tomen la temperatura, que van a ver si hay alguna fuga de gas.

Entonces, esto siempre va a estar mejorándose, cualquier implementación, a raíz de la ciencia y la tecnología va a tener que también incluirse dentro de la implementación de estos sistemas de *compliance*.

Y para ello, para saber que, efectivamente, está haciéndose bien el trabajo se debe acreditar. Esta implementación tiene que acreditarse y, asimismo, su funcionamiento también se tiene que acreditar, tiene que funcionar y bien. Así que tenemos que difundirlo y tiene que haber una capacitación periódica, y en esto creo que ya lo hemos conversado, nos vamos a encargar de implementar el *compliance* a las empresas mineras. Es un reto muy grande que nos hemos puesto, pero creo que lo vamos a hacer bien y pronto. Ese es un tema simpaticuísimo que también lo estamos anunciando en este gran congreso, y mira qué importante la difusión y la capacitación, y tiene que haber, obviamente, un monitoreo continuo. Siempre se va a monitorear y, a la par, también puede existir una debida diligencia que es adicional al programa de cumplimiento.

Igor Morales: Es un tema muy relevante porque, efectivamente, lo que señalas tú, los ingresos de un país, nosotros acá en Chile tenemos un sobreprecio en lo que habíamos pensado entre la proyección. Entonces, pedimos que esos recursos puedan asistir para el mejoramiento del pro empleo.

Me corresponde presentar a don Ricardo Salazar Chávez. En primer lugar, a Ricardo debo comentarle que el año pasado tuvimos un evento y le otorgamos un premio por la trayectoria, por todo lo que ha hecho en su día en la contratación estatal, y creo que es muy importante señalarlo.

Tengo el placer de presentarles a don Ricardo para exponer sobre estos temas de compra estatal en el Perú.

Ricardo Salazar Chávez: Muchas gracias.

Quisiera iniciar mi intervención rindiendo un homenaje a un amigo recientemente fallecido producto de la pandemia, quien ha sido vocal del Tribunal de Contrataciones del Estado en el OSCE y, a través de él, saludar también a todas aquellas personas que nos han dejado y están en el cielo, y también hacer votos porque tengamos una protección en nuestras familias y que este tema se solucione lo antes posible. Un saludo hasta el cielo, querido Martín, y dedicándote esta exposición.

Con relación a nuestro tema, el sistema de abastecimiento en el Perú fue desactivado formalmente el año 1995 y se ha retomado el año 2018 con la aplicación a partir del 2019.

Ha habido un periodo en el cual, si bien la cadena de abastecimiento se la distinguía en cuanto a sus hitos de programación, contrataciones y administración en bienes, servicios y obras, no estaba formalizado y eso llevaba a que las instituciones que lideraban las actividades respectivas trabajaran de manera autónoma relacionándose entre ellas, pero no sobre la base de una formalización. Esto ha cambiado y hoy se produce esa formalización del Sistema Nacional de Abastecimiento. Esto plantea una primera gran tarea y es vincular las cadenas de valor de la modernización de la gestión pública del Sistema Nacional de Abastecimiento y dentro del Sistema Nacional de Abastecimiento, el hito correspondiente a la contratación pública.

En ese sentido, hay mucho por trabajar en materia de sintonización de los principios y de los instrumentos de la modernización para que se reflejen de manera clara en el Sistema de Abastecimiento en sus tres componentes y, lógicamente, también en el caso de la contratación pública, tanto en lo que se refiere al contenido y proyección de los principios a la priorización de los instrumentos como simplificación administrativa, gobierno abierto, gobierno digital, etc., que obligatoriamente tienen que estar presentes en estos tres niveles.

La contratación pública, debido a la implantación del Sistema Nacional de Abastecimiento, va a enriquecer su objeto en cuanto a lo que tiene que aplicarse en esta materia.

La contratación pública dentro de la cadena de abastecimiento público está considerada como uno de los eslabones del sistema de abastecimiento que comprende tres por tres: el de programación con sus respectivos instrumentos, lo que es la gestión de adquisiciones, en general, incluyendo la contratación pública, y lo que es la administración de bienes, servicios y obras.

Una tarea central hoy es entender que la contratación pública ya no puede ser vista como ha venido siendo vista en los últimos veinte años o más, como una actividad autónoma y desligada de las otras actividades, por lo menos, desde punto de vista formal, sino que al haberse, a la vez, incorporado ya de manera expresa y por norma clara dentro de la cadena abastecimiento con responsabilidades específicas de vinculación entre ellas, se abre un escenario muy interesante a efectos de lograr una mayor fluidez en los procedimientos de la gestión pública vinculados al abastecimiento público.

En el caso peruano, el Sistema Nacional de Abastecimiento, desde el punto de vista organizativo, está compuesto por cuatro tipos de entidades. En primer lugar, la entidad rectora, que es la Dirección General de Abastecimiento, un órgano del Ministerio de Economía y Finanzas; luego está el OSCE, al cual se le asigna un rol múltiple. Tiene a su cargo supervisión de contrataciones, la administración del Registro de Proveedores, la administración del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado de solución de controversias en vía administrativa, a través del Tribunal de Contrataciones,

el impulso del arbitraje de la conciliación en materia de contratación pública, pronunciamientos, en general, sobre procedimientos en curso; luego está como entidad la Central de Compras Públicas, Perú Compras, que tiene un carácter más operativo. A ella se le encarga la conducción del Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco, de la subasta inversa electrónica, de las compras corporativas en cuanto al fomento de ellas y a los encargos de contratación que pueda recibir de otras entidades públicas; finalmente, están a nivel de cada entidad pública aquellas áreas que estén involucradas en la gestión de la cadena de abastecimiento público.

¿Cuál es el cambio que se va a producir a través de la implantación del Sistema Nacional de Abastecimiento? Y es que van a haber algunas adecuaciones específicas necesarias en los roles de las entidades a efectos de que haya fluidez en su labor. Principalmente, hay que destacar la relación que tiene la Dirección General de Abastecimiento, en su rol rector que tiene que distinguir muy claramente sus funciones respecto del OSCE y de Perú Compras que también tienen un cierto nivel normativo y complementario o desarrollando lo que establezca la Dirección General del Abastecimiento.

Y otro rubro importante es que, a nivel de cada entidad pública, ya no se debe ver separadamente la contratación de otros componentes del abastecimiento, sino que tiene que haber trabajos en conjunto ya integrados a nivel de cada entidad pública, entre quienes los órganos que tienen que ver la parte de programación, la parte de contrataciones y la parte de administración de bienes, servicios y obras, lo cual da como resultado que tengamos el siguiente esquema en el cual está la Dirección General de Abastecimiento, que es un órgano de Economía y Finanzas, como entidades intermedias, Perú Compras y OSCE, y a nivel de cada entidad pública, los órganos que están vinculados al abastecimiento, es decir, a estos tres componentes de programación, contratación y adquisiciones, en general, y administración en bienes, servicios y obras.

En materia de la contratación, específicamente hablando, tenemos una situación interesante en Perú.

Los hitos conceptuales y la estrategia general de la contratación pública diseñada e impulsada en los últimos veinte años tiene ya una consolidación en cuanto a sus líneas de trabajo, por lo tanto, la implantación del Sistema Nacional de Abastecimiento no las va a afectar porque estos hitos y esta estrategia son congruentes con las bases conceptuales sobre las cuales se está construyendo la cadena de abastecimiento público en Perú. Lógicamente que habrá algunas adecuaciones de carácter normativo, algunas adecuaciones en las normas institucionales o de los procedimientos en sí, pero, en general, la ruta que se ha ido forjando en estos últimos veinte años se va a mantener. Nada permite prever que esto vaya a cambiar en algo sustantivo.

Algunas tareas claves derivadas de esto son, en primer lugar, que la contratación pública tiene que enlazarse de una manera más fina con la programación y con la administración. Es decir, toda la parte de programación, si bien ha tenido vinculación siempre con contratación pública, en diversos aspectos todavía faltaba trabajar para integrarla de una manera más coherente, más coordinada, más fluida y, más aún, en el caso de la contratación con la parte de la administración de los bienes, servicios u obras que se adquirieron. En ese sentido, hay un trabajo muy importante que se abre en este periodo de ese afinamiento y mayor desarrollo de las relaciones de la contratación pública como uno de los componentes del abastecimiento público, lógicamente, todo ello impregnado de lo que pueda implicar la ruta trazada en materia de modernización del Estado. También en esta línea se reafirma la importancia de conocer muy bien cuál es la regla central en materia o el núcleo de la contratación pública.

Todos sabemos que el reto, finalmente, es cómo lograr que en un contexto determinado, como puede ser el caso peruano o de otro país, la contratación pública que implica una vinculación entre una entidad pública y una persona privada o entre una entidad pública y otra entidad pública, redunden en una resultante ganar-ganar, donde cada entidad pública que contrate perciba que, efectivamente, gana en esa contratación porque ella le permite —es un instrumento la contratación— el cumplimiento de sus funciones públicas hacia la comunidad, y donde las personas privadas también perciben

que ganan porque aprovechan una oportunidad de negocio o, además de aprovechar una oportunidad de negocio —legítimamente se entiende también tienen una oportunidad—, aporte a la comunidad.

Es importante destacar en cuanto al impacto de la contratación pública que no incluye únicamente a las partes que han contratado, sino que las trasciende y se vuelca hacia la comunidad, por eso es que parte del núcleo de la contratación pública es también ese efecto hacia la comunidad porque toda contratación pública tiene que llevar al propósito de agregar valor en la comunidad, tanto valor público como privado, a la realización de los valores y metas programáticas que justifican la existencia de la comunidad, y ahí se van a insertar los compromisos del desarrollo sostenible y todo lo que tenga que realizarse para el logro de la felicidad de los miembros de la comunidad, con este término moderno que tenemos hoy. Es decir, aquí entra en juego algo muy importante: los contenidos y las fronteras de lo que constituye el núcleo de la contratación pública se está ampliando.

Como bien nos señalaba ayer Eric Franco en su exposición, cómo los temas de desarrollo sostenible están impregnando las actividades de contratación o de inversiones, y eso lleva a diversas consecuencias en el ámbito de los contratos públicos sobre bienes, servicios y obras. Está empezando a ocurrir lo mismo, por lo tanto, los actores públicos y privados que participan en contratación pública por dar un tema en su formación deben tener capacidades, sea que trabajen en la parte de programación, en la parte de adquisiciones y contrataciones, o en la parte de ejecución o de administración, tener conocimiento sobre desarrollo sostenible, sobre temas del impacto que se persigue con la contratación en la comunidad y, por lo tanto, sus patrones de acción tienen que regirse también por ello. Por supuesto que también en la solución de controversias —y también lo manifestó ayer Eric Franco— es importante que los árbitros, los conciliadores, conozcan cuáles son estos bordes nuevos hacia los cuales se va expandiendo el contenido de las fronteras del núcleo central de la contratación pública, porque eso va a marcar también exigencias en el razonamiento y en los fundamentos de todo el pronunciamiento que hubiera.

Otro tema está referido a la manera como está organizada la contratación pública en el Perú. Tenemos dos bloques fundamentales: el de las normas básicas y el de las normas paralelas.

El de las normas básicas tiene cuatro normas centrales: Ley de Contrataciones, su Reglamento, el Decreto Legislativo sobre Perú Compras y la Ley del Sistema Nacional de Abastecimiento que en conjunto regulan cuatro áreas temáticas: la primera sobre objetos contractuales, incluidos y excluidos, ahí están bienes, servicios y obras; la contratación en acción, segundo bloque, donde se encuentran los principios de la contratación, los métodos de contratación, la contratación electrónica y la solución de controversias; el tercero está referido a la organización del Sistema de Abastecimiento. Se señala ahí el rol de la Dirección General de Abastecimiento, de los de Perú Compras y de los órganos involucrados en cada entidad con el abastecimiento público; y un cuarto tema es el enlace de todo ello dentro del concepto del Sistema Nacional de Abastecimiento.

Eso es lo que son las normas básicas y son estas las que serán sustituidas —se entiende— si se aprobase un proyecto nuevo de ley que se está dando, de modo tal que todo esté integrado en la cadena de abastecimiento con una ley especial sobre la materia que sustituiría a todo esto. Pero, por mientras, esto se tiene como las normas básicas y las normas paralelas están considerando toda la normativa sobre organismos internacionales, sobre acciones Gobierno a Gobierno u otras normas de emergencia que inevitablemente han ido por norma especial paralela a la general, pero que tarde o temprano la idea es ir incorporando lo mejor de estas normas en el régimen general para tener uno solo.

Pero hay un mensaje clave aquí, lo que se puede apreciar en el desarrollo normativo es que se han ido incorporando estándares en materia de contratación pública y Perú tiene todo lo más recomendado. Lo tenemos y bajo un criterio de diversificación de las herramientas a ser utilizadas según su pertinencia, es decir, habría varias posibilidades de hacer contrato y que se utilice conforme se vaya necesitando, esa es la idea.

El trabajo ya no está tanto en el ámbito normativo, las modificaciones que ha habido han ido a cuestiones de detalle no a elementos sustantivos, es decir, a cambios radicales en esa ruta y estrategia que ya señalé, sino en temas, fundamentalmente, de detalle para la mejor operación. En tal sentido, donde hay que trabajar mucho es en el ámbito de las personas, en capacidades técnicas y en lo que es prevención de corrupción y todo el *compliance* del cual se ha hablado hace unos minutos.

En cuanto a los objetos contractuales de darse una nueva normativa, es lo que se ha anunciado habiendo ya en estos momentos un proyecto de ley de la cadena abastecimiento público publicado y un proyecto de nueva Ley de Contrataciones o de modificaciones a la Ley de Contrataciones que está en estos momentos realizándose. Cualquiera fuera el resultado final, hay algunas tareas que no se deben abandonar.

La primera es que, en cuanto a los objetos contractuales, nuestra legislación regula los objetos contractuales de los tipos de contratos que con más frecuencia celebra el Estado, y esa regulación se hace sobre la base de categorías del derecho administrativo y categorías de la contratación pública, pero existen otros diversos objetos contractuales que no están regulados con categorías de derecho administrativo y de contratación públicas, sino con categorías privadas en este momento, pero que ya el Estado las está utilizando y hay un problema de interpretación de normas.

Hay que trabajar identificando qué objetos contractuales nuevos requieren de una normativa sobre la base de categorías de contratación pública. Y, por otro lado, hay que perfeccionar aún más, en cuanto a los procedimientos contractuales, su diversificación racional, pero todo ello dentro de un solo régimen normativo que tenga principios uniformes para todos los procedimientos. Es un mínimo no negociable, tiene que haber en todos los casos eficiencia, transparencia y eficacia, pero adicional a ello hay un segundo bloque que debe ser de los procedimientos básicos con tendencia a la uniformidad en el uso; y, finalmente, un bloque de procedimientos especiales para situaciones especiales, pero la idea es que todo esté, en la medida de lo posible, en un solo bloque normativo para no caer en situaciones que, ya hemos vivido en el Perú, de tener hasta veinticinco normas de contratación para una sola cosa, con los tremendos problemas que eso trae.

Entonces, la historia, la realidad nos demuestra que es preferible tener como vocación un solo cuerpo normativo, pero con estas distinciones, tres pisos: principios, procedimientos básicos uniformes y procedimientos especiales para situaciones especiales.

Con motivo del sistema de abastecimiento, los componentes de la contratación no varían. Actuaciones preparatorias, actuaciones de selección y actuaciones de ejecución del vínculo contractual. No varía que se basa en la racionalidad del procedimiento licitar lo que es la opción doctrinaria alternativa a la libre negociación que, en principio, está prohibida. Por lo tanto, esto se reafirma, se tendrá que discutir sobre si separas la fase de actuaciones de selección y lo denominas procedimiento de selección, o si sumando actuaciones preparatorias más actuaciones de selección denominas a todo ello procedimiento licitatorio. Eso se podrá discutir, pero lo que sí es conveniente entender es que no se altera en absoluto la opción asumida a nivel mundial de que en la contratación pública el procedimiento de formación que en aras a atender la protección de fondos públicos, el aseguramiento final de las entidades públicas, la competencia que debe producirse es necesario trabajar sobre la base del concepto esencial del procedimiento licitatorio.

En el Perú hay una tendencia a que durante las fases de la contratación se comience a sustituir en algunos tramos y componentes a la entidad que va a contratar y que antes lideraba todos y cada uno de los pasos de la contratación, es decir, antes en la fase preparatoria, en la fase de selección y en la de ejecución era la única entidad contratante la que lideraba desde la descripción de la necesidad hasta la adjudicación de la buena pro y perfeccionamiento del contrato y de la parte de ejecución; eso cambia. Progresivamente, lo que se ha hecho es ir insertando la intervención de entidades como el OSCE, Perú Compras, últimamente, la Dirección de Abastecimiento hay otras entidades con miras a

cerrar brechas de márgenes discrecionales para a funcionarios y proveedores que puedan, eventualmente, ser más utilizados por personas que están decididas a delinquir, entonces, hay una tendencia a cerrar esos márgenes discrecionales.

Por supuesto, la idea es mantener un equilibrio entre lo que es factible, y por efectos controlados se pueda dar lugar a un margen discrecional, y aquello que necesariamente y sin mayor problema ni riesgo pueda ser sustituido por la intervención del OSCE, por ejemplo, a través de las bases estandarizadas, o de Perú Compras, a través del aplicativo de Acuerdo Marco, etc., para que haya una racionalidad y equilibrio entre las atribuciones que tienen los funcionarios públicos, los derechos de los proveedores que no sea objeto de abuso en determinadas circunstancias. Ese equilibrio resulta fundamental.

Asimismo, en el Perú mantenemos nuestros tres procedimientos básicos: el procedimiento clásico, que es muy pertinente para cuando las ofertas son disímiles y hay que evaluar, y es inevitable asignar puntajes; la subasta inversa electrónica, que es para bienes, servicios en los que solamente se compite por precio; y el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco, que es para lo similar en el que hay algunas fases de implantación del Acuerdo Marco y después es, básicamente, el aplicativo informático el que define el ganador.

La situación, la foto hoy en Perú es que la mayor parte de contrataciones van por el método clásico, pero, en el caso de bienes y servicios, casi la totalidad de ellos pueden ir sin ningún problema a Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco o a subasta inversa electrónica, con los beneficios que eso trae tanto en tiempos como en oportunidades, y también hay varios aspectos de transparencia.

En el caso de obras, todavía el clásico no ha sido sustituido, pero hay que mejorar esa situación, entonces, cuál es la tarea que tiene Perú que se reafirma con la implantación del sistema de abastecimiento. En el caso de obras, todavía se va a seguir utilizando el método clásico, pero hay que ir incorporando los beneficios que se puedan extraer de aquellos métodos como el BIM o de los contratos Gobierno a Gobierno en lo que fuere pertinente y en las circunstancias en que eso sea factible, las modalidades NEC, pero caminando hacia lo que ayer también nos decía Alex Campos, hacia los contratos realmente colaborativos, es decir, avanzar a esquemas y a ambientes de contratación en que la colaboración tenga canales y escenarios más provechosos que los que tenemos en estos momentos porque todavía en eso nos falta mucho por avanzar.

Y en el caso de bienes y servicios, definitivamente, la mayor parte de ellos, sin ningún problema, pueden ir a subasta inversa y a Acuerdo Marco, con lo cual esa es la ruta que se tiene que seguir.

Esto, lógicamente, se ve fortalecido por instrumentos que se están utilizando, como las homologaciones unas espontáneas del mercado y otras como políticas públicas que nos llevan a establecer estándares en bienes servicios y obras, tras lo cual se decide qué cosa queda en el método clásico, qué cosa va a subasta inversa y qué cosa va al Acuerdo Marco.

También se está aprovechando las compras corporativas para obtener estos beneficios de la contratación agregada y los encargos de procedimientos de selección que hacen unas entidades a otras o algunas entidades a Perú Compras, y también hay combinaciones como compras corporativas encargadas a Perú Compras para hacerlo vía acuerdo marco. Es decir, hay una paleta de posibilidades que se abre en cuanto a instrumentos de contratación, de modo que se pueda utilizar según las circunstancias. Ese es el propósito en este tema y eso es lo que se reafirma con la implantación del Sistema Nacional de Abastecimiento.

Este sistema de abastecimiento, a efectos de afianzar la cadena de abastecimiento, está incorporando progresivamente instrumentos que tienen como destino principal la vinculación de bases de datos e información, la interoperabilidad de aplicativos informáticos utilizados para todo lo que es la cadena abastecimiento y el uso creciente de inteligencia artificial.

El sistema informático de gestión administrativa del SIGA está concebido como un gran repositorio de información y también de aprovechamiento de esa información a efectos de la toma de decisiones, y que conforme a la foto de este momento será alimentado por lo que se produzca a través de los diferentes aplicativos informáticos y otros medios de información que vayan alimentando a este gran sistema informático de gestión administrativa.

Esa es la foto en este momento, el tiempo dirá si todo se irá integrando y en qué términos, pero la idea es que cada institución como Economía y Finanzas, OSCE, Perú Compras, Bienes Nacionales, la SBN, etc., que tienen diversos aplicativos vinculados al abastecimiento en sus tres componentes de programación, de adquisiciones y de administración, interoperen entre sí y que la información producida alimente una sola gran base de la cual se pueda aprovechar con el uso de inteligencia artificial y otros métodos a efectos de la mejor toma de decisiones.

Otro instrumento es el catálogo único de bienes, servicios y obras que se ha dicho de todas maneras lo debemos tener. Es una larga aspiración, en general, de quienes trabajan en abastecimiento tener un solo catálogo por la utilidad que ello tiene en trazabilidad de operaciones y en el ordenamiento de la información.

En materia de contratación pública, considerando todo lo que hemos mencionado, si aplicamos el sistema de abastecimiento y todo lo que está haciéndose hasta hoy en materia de contratación se abrirán nuevas fronteras en materia de solución de controversias. El punto de partida y lo recomendable será que se eviten los conflictos, porque siempre en una controversia que se desata van a sufrir todos, se afecta la entidad, el proveedor, los contratistas, la comunidad en general.

Lo que sucede hoy es que se mantienen las vías de impugnación a bases, recursos administrativos, arbitraje, conciliación y junta de resolución de disputas. Hay perfeccionamientos que la experiencia aconseja hacer, hay que mejorar los esquemas. Hay que explorar la mediación, no se está trabajando el tema de mediación. También hay que trabajar los modos de solución de conflictos con la comunidad. Aquí el *compliance* y otros son muy importantes, porque la comunidad está participando cada vez más en vinculación a abastecimiento.

Los nuevos escenarios de conflictos que se derivan —con esto termino— son los conflictos derivados de contratación electrónica, de subasta inversa, Acuerdo Marco, que ya se están presentando y que es necesario desarrollar.

Muchas gracias por su atención.

Igor Morales: Muchas gracias por tu presentación.

Comparto muchos de los puntos que estás señalando. La solución de controversias a través de los mecanismos de mediación y de diálogo son muy importantes. Y también el punto previo, que es la escucha. Escucharnos, porque algunas veces no nos escuchamos.

En la comunicación estamos una persona que habla y otra persona que recibe, y esa escucha son mecanismos que disminuyen la mitigación de los errores porque, al final, si tenemos una buena comunicación, tendremos una buena planificación, y si tenemos una buena planificación, podremos ejecutar bien.

Voy a dar la palabra a Eduardo dos Santos de Guimaraes.

Eduardo dos Santos de Guimaraes: Gracias.

Voy a hablar un poquito de las contrataciones públicas en Brasil, sobre la planificación de las compras públicas en Brasil y la nueva Ley de Contrataciones.

Me gustaría mucho contextualizar un poco de Brasil.

Tenemos en Brasil un país muy largo, muy grande, con veintiséis Estados; un Distrito Federal que es nuestra capital, Brasilia. Más de 5500 ciudades y una población aproximada de 210 millones de personas.

¿Cómo están las contrataciones públicas hoy en Brasil? ¿Cuánto tenemos de inversión financiera en las contrataciones públicas? Hay un estudio muy interesante hecho por dos autores de São Paulo que levantaron todos los datos de 2006 al 2012 y llegaron a una conclusión: las contrataciones públicas en el ámbito nacional en Brasil es cerca del 13,8 % del PIB nacional. Cuando vemos el PIB nacional en el año 2018 llegamos a la conclusión que las contrataciones públicas en Brasil llegan, aproximadamente, a 234 mil millones de dólares americanos. Entonces, es un monto financiero muy significativo y muy interesante.

¿Cómo están las normas de licitaciones en Brasil? Hoy tenemos distintas normas también. Tenemos una ley con las normas generales, que es la Ley 8.666 de 1993. Tenemos una otra ley solo para la modalidad de *pregão*, que es la posibilidad que tenemos hoy de hacer disputas electrónicas. Tenemos también una Ley Federal 12.462, que fue hecha solo para las contrataciones de Copa del Mundo de Fútbol y de Olimpiadas en Río de Janeiro, pero hoy es posible hacer estas contrataciones en un régimen diferenciado de contratación para unidades de salud, unidades de educación, unidades carcelarias. Entonces, está en vigencia el régimen diferenciado de contrataciones de la Ley 12.462. Y también tenemos otra ley específica para las empresas estatales, como Petrobras, Electrobras, 13.303 de 2016. Ahora tenemos una gran expectativa de una nueva Ley de Licitaciones porque tenemos un proyecto de ley que fue aprobado en nuestro Congreso y ya está en la presidencia de la República para sanción en la publicidad.

Tenemos hasta el día 5 de abril de 2021 próximo, la nueva Ley de Licitaciones. ¿Y cuál es la idea de la nueva Ley de Licitaciones? La idea es vamos a consolidar varias normas que tenemos. Entonces, que la nueva Ley de Licitaciones en Brasil va a sustituir la Ley 8.666, la Ley del Pregão de la 10.520 de 20 y la Ley de Régimen Diferenciado de Contrataciones que es parte de la Ley 12.462, pero hay un plazo de adaptación de dos años, o sea, durante dos años todos los organismos públicos podrán optar si van a utilizar la nueva ley o si van a adoptar sus estaciones con base en las leyes antiguas o actuales.

La nueva ley presenta algunos puntos muy importantes y destaco, por ejemplo, que el Portal Nacional de Compras Públicas da énfasis a la gobernanza de las contrataciones, el plan anual de contrataciones y también da énfasis en la planificación de los procesos de compra, el diálogo competitivo como una nueva modalidad de licitatoria, y unas nuevas reglas para los contratos administrativos.

Voy a hablar un poquito sobre cada uno de ellos. Primeramente, hablar un poco sobre el portal nacional, creo que es el gran desafío que tenemos ahora en Brasil. Sabemos que Brasil es un país muy largo, muy grande, muy complejo y la idea es que toda la información de compra de todas las ciudades, de todos los estados, incluido del Gobierno federal, sean publicadas en el Portal Nacional, y la nueva ley de si obliga como condición de efectividad de los contratos que todos estos sean publicados en el Portal Nacional de Compras.

En el Portal Nacional de Compras también tenemos funcionalidades para busca de precios y modelos estándar, modelos digitales de licitación, modelos de proyectos, modelos de estudios preliminares, que va a facilitar tornar más fácil la vida de los compradores públicos.

Sobre la planificación, tenemos en la nueva Ley el Plan Anual de Contrataciones que hoy ya es una realidad para todos los organismos del Gobierno federal, pero todavía no está presente en estados de municipios. Con la nueva Ley de Licitaciones, creo que vamos a empezar en estados de municipios a hacer una planificación global de las contrataciones.

¿Cómo es el plan anual de contrataciones? Hacemos encuestas de demandas para el año siguiente. Tenemos un plan para el próximo el próximo año de contrataciones, la elaboración del plan anual, que es hecha en cada órgano público por su sector de licitaciones, y hay que producir un calendario de licitaciones con las fechas para cada licitación, para cada contratación pública, y la principal necesidad de publicidad del calendario y del Plan Anual de Contrataciones en el sitio electrónico de cada órgano y después en el Portal Nacional de Contrataciones Públicas.

¿Cuál es la idea del Plan Anual de Contrataciones? Hoy yo no tengo mi plan anual en mi órgano público, entonces, me parece que estoy siempre apagando fuego, como un bombero, y queremos ir a otro punto, a otra situación, que es un equipo para planificar de forma tranquila, de forma más sensata y más consistente cada contratación que será hecha por la Administración Pública.

¿Y cómo está hoy el proceso de contratación? Tenemos una norma específica del Gobierno federal, pero esta norma está siendo consolidada también en la nueva Ley de Licitaciones, y tenemos tres fases: la planificación, la selección de proveedores y la gestión del contrato.

Para la primera fase, que es la planificación, tenemos algunos procedimientos iniciales donde el órgano público que identificó las necesidades de compra debe hacer un documento de formalización de la demanda que será remitido a una autoridad que establecerá la conveniencia o no de la contratación, y después esta autoridad decidirá que hay que designar un equipo multidisciplinario de planificación para la primera etapa de la planificación, que son los estudios preliminares para hacer que la contratación que atenderá aquella necesidad identificada.

Hay que hacer también la gestión de riesgos, que es operacionalizada por un mapa de riesgos donde identificaremos posibles riesgos que puedan afectar negativamente la contratación pública, y al final haremos el término de referencia o proyecto básico para discriminar todos los requisitos de objeto que vamos a contratar. Después pondremos todas las reglas en un instrumento convocatorio que conocemos como *edital* de licitación. Hay que seleccionar cuál es la modalidad licitatoria. Hoy tenemos seis modalidades licitatorias, pero dos de ellas van a acabar con la nueva ley, van a ser distintas.

Y tenemos una nueva ley: *pregão*, concurrencia, concurso, *Leilão* y la nueva modalidad que es el diálogo competitivo. El diálogo competitivo es el reconocimiento que nosotros en la administración pública no sabemos todo. Hay que conversar con el mercado para conocer las posibles soluciones técnicas para atender las necesidades de la Administración. Es una forma de licitar diferente a lo que tenemos hoy en Brasil, pero ya es una experiencia que ya es utilizada en Europa.

Otro punto muy importante de la nueva ley es la posibilidad de la preferencia de utilización de la disputa electrónica. Hoy, en Brasil, tenemos apenas una modalidad licitatoria con posibilidad de disputa electrónica que es el *pregão* (piso de operaciones); con la nueva ley, todas las modalidades licitatorias podrán ser hechas por la disputa electrónica, y otra novedad es el presupuesto confidencial opcional, o sea, por cada contratación pública, por cada licitación, la Administración opta si va a divulgar sus precios estimados o si va a hacer su presupuesto confidencial.

¿Y los contratos administrativos? ¿Qué tenemos de nuevo en la nueva ley? Plazos más largos de los contratos. Actualmente, generalmente, los contratos administrativos son hechos por doce meses y hay la posibilidad de renovar sus plazos hasta cinco años, pero ahora con la nueva ley está la posibilidad de hacer contratos de cinco años y renovar su plazo hasta diez años. Esta es una diferencia significativa en la nueva ley.

Otro punto muy importante es que para obras y servicios de ingeniería de grande bulto, de grande monto financiero, está la posibilidad de elegir una garantía de seguro hasta 30 % con cláusula de retomada, o sea, *stepping rights* que la empresa aseguradora puede continuar la obra o el servicio de ingeniería.

Tenemos también como novedad la resolución de conflictos, por medio de conciliación, mediación y arbitraje, y una nueva tipificación de delitos en el Código Penal. La nueva ley va a modificar nuestro Código Penal tipificando nuevos delitos en licitaciones y contratos públicos.

Para concluir, la nueva ley, por la cual tenemos una gran expectativa, consolidará las reglas actuales con algunas innovaciones muy interesantes, pero los gestores públicos tienen que capacitarse y para eso tenemos dos años de adaptación. En los próximos dos años, cada órgano público tiene que optar si va a adoptar la nueva ley con las nuevas reglas o si va a utilizar las leyes actuales. Tenemos dos años para capacitar a los gestores, para modificar los procesos de compra y para ajustar los sistemas públicos de compras.

Gracias.

Igor Morales: Gracias.

Ahora, vamos a presentar a Juan José Martínez Ortiz. Bienvenido.

Juan José Martínez Ortiz: Buenas tardes.

Quiero hablar hoy día sobre el tema del *compliance* en el sector público. Este es un término que se está utilizando en los últimos años para promover una mejor gestión en las organizaciones y, claro, ha sido utilizado originalmente por las entidades en el sector privado, a lo que quiero referirme brevemente para primero hablar de *compliance*, y luego sobre lo que está sucediendo en el *compliance* en el sector público.

En el gráfico tomado de un libro *La teoría de las organizaciones* del profesor Carles Ramió, un profesor español experto en organizaciones y en Administración Pública, que es un cuadro relativamente simple, lo que pretende explicar es que una organización es un sistema que recibe recursos, los transforma internamente dentro del ámbito de la entidad, y esto puede ser una organización o una entidad del sector público o del sector privado. Se aplica para ambos, se transforman esos recursos en su interior y salen de la organización, salen de la entidad hacia sus clientes, hacia los usuarios, hacia los ciudadanos. Para hacer esto, en administración se nos enseña y se nos dice que en el ciclo de administración hay cuatro grandes funciones: la planificación, la organización, la ejecución y el control.

Cuando hablamos de planificación estamos hablando de la determinación de objetivos; de metas; de estrategias a utilizar; de qué es lo que queremos alcanzar en el corto, en el mediano y en el largo plazo.

Cuando hablamos de organización estamos hablando de la estructura organizativa, de los procedimientos, de la metodología, de qué actividades específicas vamos a realizar, asignación de funciones, asignación de recursos.

Luego tenemos una fase de ejecución que, en algunos textos se le denomina también «la dirección», que consiste en ejecutar aquello que habíamos planeado y aquello para lo cual nos habíamos organizado y preparado.

Y, finalmente, la actividad o la función que a mí me interesa más enfatizar hoy es la función de control, que no necesariamente asociémosla en primera instancia con lo que en el sector público se conoce como control de Contraloría o Sistema de Control. Simplemente, control de lo que hemos planificado, de lo que hemos organizado, de lo que hemos ejecutado para saber si aquello que queríamos alcanzar, finalmente, se alcanzó. Para eso necesitamos varias cosas. En primer lugar, información, verificar qué es lo que ha sucedido, en qué acertamos, en qué fallamos, qué discrepancias hubo, por qué no cumplimos lo que habíamos inicialmente planteado, qué riesgos se materializaron o no, y eso, además, nos sirve como insumo, nos retroalimenta para el siguiente periodo de gestión porque, seguramente, volveremos a planificar, volveremos a organizarnos y a ejecutar, y esto es un ciclo recurrente.

En ese contexto, queda claro que en las organizaciones hay objetivos, metas y estrategias que son definidas por sus propios titulares. Repito, sea que estemos hablando de organizaciones del sector privado o de organizaciones del sector público, hay metas, objetivos que, por ejemplo, en el caso de una empresa privada, vienen de los accionistas o vienen del consejo directivo, del consejo de administración o del directorio. Ellos quieren alcanzar determinadas metas que, por ejemplo, pueden ser determinado nivel de ventas, determinado nivel de captura de mercado, determinado nivel de utilidades, reducción de costos. Hay ene objetivos que se pueden alcanzar.

Y en el sector público puede suceder lo mismo. Hay objetivos que pueden estar definidos por la propia entidad, por la estrategia que toman, por las prioridades políticas de quienes dirigen esas entidades, pero también en las organizaciones tenemos objetivos que se deben alcanzar y que, en principio, no están definidos por las propias entidades, sino que vienen impuestos por el sistema legal o por el entorno regulatorio. Por ejemplo, a una empresa —y Gabriela ha estado hablando de minería y de temas ambientales—, podría tener como objetivo el no emitir efluentes contaminantes en una determinada zona o un determinado río, porque eso le va a generar responsabilidad.

Cuando hablamos de ejecución y luego hablamos de control tenemos que estar conscientes de que queremos alcanzar objetivos que pertenecen a la propia organización o son definidos por los dueños o por los titulares de la organización, pero también hay objetivos que son impuestos por el entorno legal o por el entorno regulatorio.

Y es en ese contexto que surge esto del *compliance*. El *compliance* no es otra cosa que una reacción o la respuesta que se ha dado, en principio o en primer lugar en el sector privado, para generar mecanismos atendiendo a esa regulación y verificar que las empresas que estamos gestionando, y en las cuales seguramente ocupamos posiciones, cumplan con esos requerimientos de la regulación de las autoridades del sistema legal y de las autoridades administrativas porque, además, esa regulación en el tiempo en las últimas décadas se ha ido moviendo para generar, además, responsabilidades no solo en las empresas, no solo en las personas jurídicas, sino en algunos casos también en las personas que se encargan de la gestión o de la dirección, con el claro objetivo de generar incentivos para que, justamente, esa regulación se cumpla. Eso ha generado, creo desde hace ya varias décadas, un *boom* o interés mayor o importante en lo que hoy día se denomina *compliance*.

Entonces, el siguiente punto sobre el que quiero discutir es, si esta lógica de *compliance* también se aplicaría al sector público y, desde mi perspectiva, la respuesta rotunda es que sí, porque en el sector público —y quienes hayan trabajado en sector público o hayan tenido la experiencia de trabajar en el sector privado y en el sector público, seguramente podrán dar fe y decir—, en muchos casos, se siente que hay más regulación externa, inclusive, que en el sector privado. Porque en el sector público —y hace un rato se expuso sobre el tema de abastecimiento, de contrataciones estatales— tenemos menos flexibilidad porque hay reglas que vienen impuestas de un sistema administrativo.

En el sector público tenemos restricciones y reglas que, en realidad, son externas de cada organización. Si bien vienen de otras entidades del Estado, esas reglas, lo que en Perú llamamos sistemas administrativos, en realidad, son reglas que no pertenecen a la propia entidad que estamos gestionando, vienen de fuera, y algo similar ocurre con lo que se llaman en Perú las políticas nacionales y sectoriales, que son este conjunto de medidas a las cuales todo un grupo de entidades se tiene que alinear para alcanzar determinados objetivos.

Dado que existe regulación y, además, el riesgo legal y consecuencias en los que incumplimos, hay responsabilidades disciplinarias, hay responsabilidades frente a la Contraloría, puede haber responsabilidades civiles, penales. Entonces, por supuesto que existe el *compliance* en el sector público, pero —y aquí viene mi crítica— en el Perú diría que en los últimos cinco o seis años se está utilizando recién el concepto o la expresión más que el concepto de *compliance* público.

Pero, en realidad, eso que conceptualmente es *compliance* ya existe en el Perú desde hace varios años, desde el año 2006, por lo menos, con la Ley n.º 28716, bajo lo que se conoce como sistema de

control interno y que está bajo el ámbito del Sistema Nacional del Control, bajo el ámbito de la Contraloría, en donde, básicamente, el gran objetivo es verificar que se cumpla los objetivos de gestión y verificar que se estén cumpliendo con las normas y las prácticas regulatorias, en el caso del sector público son los sistemas administrativos, y evitar prácticas indebidas y de corrupción.

De hecho, en este sistema de control interno se habla de una serie de componentes en donde tenemos la evaluación del riesgo, las actividades de control, actividades de prevención y monitoreo, sistemas de información que son necesarios porque no podemos hacer ningún tipo de control ni evaluación si no tenemos información, y la parte de seguimiento de resultados. Todo eso está previsto desde uno de los sistemas administrativos, que es el que se llama Sistema Nacional de Control. De hecho, había primero una directiva que se dio en el año 2016. Ha sido sustituida por otra directiva que se dio en el año 2019, y allí claramente se establece en qué consiste este Sistema de Control Interno, que es diferente al control externo que propiamente hace el Sistema Nacional de Control.

El sistema de control interno es, justamente, lo que tienen que desarrollar los mismos gestores, los mismos administradores, las mismas personas que que dirigen estas organizaciones. Estas normas del sistema de control interno señalan, además, que corresponde al titular de la entidad y a los altos funcionarios implementar este sistema y, además, señalan que la Contraloría General de la República es la que dicta normas técnicas sobre este sistema de control interno.

Hasta ahí uno podría decir que está claro, no se llama *compliance* público, pero funciona como si fuera y lo rige la Contraloría a través del sistema de control. Sin embargo, y aquí viene la parte crítica, en el Perú, en los últimos años, hemos creado normativamente algo que se llama la función de integridad.

Mi crítica puntual es que estamos, básicamente, regulando lo mismo porque se define la función de integridad como el uso de los fondos, recursos y atribuciones para los objetivos oficiales. O sea, queremos evitar desviaciones, queremos evitar incumplimientos, queremos evitar que los servidores se comporten de manera oportunista saquen ventaja de su posición y destinen sus actividades, sus funciones y sus recursos a otras cosas.

Entonces, por este lado de la función de integridad regulada ya no por la Contraloría, sino por la Presidencia del Consejo de Ministros y por una oficina dentro de la Presidencia del Consejo de Ministros que se llama la Secretaría de Integridad Pública, se están planteando una serie de actividades que las entidades tienen que cumplir. Se están estableciendo directivas, metodologías, tratamientos.

¿Cuál es el problema de todo esto? Es que en el sector público, las personas que tienen que gestionar, las personas que tienen que dirigir y que cumplir con los sistemas administrativos se ven ahora entre dos reglas: las reglas que vienen desde el lado de la Contraloría y del sistema de control, del sistema de control interno, y las reglas que vienen del sistema de integridad.

Entonces, por eso decía que acá tenemos un errático camino porque estamos buscando el mismo objetivo, pero a través de dos marcos regulatorios con dos entes rectores diferentes, y ponen y exponen más todavía al funcionario público, al titular de entidades porque, literalmente, están entre dos fuegos, entre dos sistemas, entre dos entes rectores que no necesariamente coordinan entre ellos y el que está al medio, en teoría, debe cumplir ambos marcos normativos y ambos sistemas regulatorios.

Ese es un problema que tenemos que enfrentar y, por supuesto, debemos tener un sistema de *compliance* público, pero tenemos que unificarlo, coordinarlo e idealmente tendríamos que integrarlo.

Muchísimas gracias.

Igor Morales: Muchas gracias.

Estimados, tengo el honor de presentarle ahora a don Gustavo Bayona MacPherson.

Gustavo Bayona MacPherson: Muchas gracias por la presentación.

Ahora les voy a compartir más de diecinueve años de experiencia trabajando los temas desde la perspectiva pública, la perspectiva privada, la perspectiva como tomador de decisión en la resolución de controversias.

Antes empiezo sensibilizando a todos aquellos que nos escuchan, haciendo la siguiente pregunta: ¿realmente sabemos qué es una contratación del Estado o habremos perdido la perspectiva de por qué contratamos? Un poco ya lo adelantó, yo diría, con gran maestría, Ricardo Salazar, a quien debemos todo lo que aprendemos y que lo único que hacemos es solo seguir sus pasos.

Básicamente, les he traído alguna información. Fíjense ustedes, según la Sunass, en nuestro país, hay ocho millones de peruanos que no tienen acceso al agua potable, tanto del sector rural como urbano, pero, curiosamente, nuestro país es el octavo país del mundo con más reservas hídricas.

¿Ustedes se imaginan la importancia que tiene un funcionario para cerrar estas brechas, que está a cargo de un Ministerio de Saneamiento, Vivienda y Construcción, de una EPS y también de un contratista como colaborador para llegar a cumplir con estos fines públicos, para cerrar estas brechas?

Avancemos un poquito más, vámonos al campo de la educación. Según el Ministerio de Educación, el Perú necesita más de 94 mil millones de soles para cerrar la brecha de infraestructura educativa. Y en un informe del Instituto de Integración señala que, como vamos actualmente, tardaríamos veinte años en cerrar esa brecha. ¿Se imaginan ustedes qué importancia tiene un funcionario a cargo o quienes están a cargo de un Ministerio de Educación y quienes están a cargo de una municipalidad, de un gobierno regional para cerrar estas brechas y darle su escuela a quien realmente lo necesita, y también de un contratista para alcanzar esa finalidad pública?

La pandemia nos ha golpeado a todos y ha desnudado, a nivel Latinoamérica, algunas brechas que se han manifestado en temas de salud. En nuestro país, la brecha se estima a veinte años y en más de 58 mil millones, esto según el Plan Nacional de Infraestructura de Competitividad y que toma como fuente la base del Banco Interamericano de Desarrollo. Finalmente, la Organización Mundial de la Salud señala que no menos del 10 % del área urbana de una ciudad debería hacer espacio para recreación pública; sin embargo, no es muy complicado ir a distintas zonas de nuestros países donde se pueden ver estas imágenes, literalmente, no hay niños, ahí no hay espacio donde puedan hacer su deporte los niños.

Entonces, bajo ese contexto y escenario, ¿cómo se está desarrollando la relación entre entidad y contratista? Les comentaba al principio, en los más de diecinueve años de experiencia que tengo en este tema y haber transitado por las distintas formas de trabajar estos asuntos, he podido notar en su gran mayoría que son situaciones adversariales. El tratamiento que se da a la contratación pública es como si no hubiese algo detrás, como si no hubiese algo que trasciende a la propia contratación y que es la búsqueda del interés público. Y es por eso que, lejos de tener un interés opuesto, los contratistas y las entidades persiguen una finalidad común, un mismo objetivo y es con base en eso que tienen que juntarse a alinear sus políticas para el logro de los intereses públicos, que es lo que más interesa y cerrar estas brechas, traer felicidad, como lo dijo Ricardo.

En el ámbito de los contratos del Estado, ya es unánimemente reconocido, y desde inicios, incluso, del derecho francés de los contratos administrativos, que el Estado —o, mejor dicho, los contratistas y las entidades— tienen un deber de colaboración que es implícito a ambos y está protegido de forma universal por las reglas de la buena fe que esto trasciende a la propia contratación, pero que en la contratación estatal adquiere un matiz mucho más relevante. Por eso les traía un poco de doctrina, también, lo que dice Juan Carlos Cassagne en uno de sus libros: él nos señala que en el ámbito de la contratación administrativa, el contenido de la buena fe se vuelve mucho más intenso,

justamente, por lo que estamos conversando, porque hay un interés principal, una necesidad, que satisfacer y es, justamente, por eso es que el Estado se encuentra impedido de actuar como si se tratase de un negocio lucrativo. La contratación pública no es un negocio lucrativo para el Estado, del que tenga que obtener las mayores ganancias a costa o en perjuicio de su contraparte. Eso no es así. En la doctrina está reconocido esto y le quitan esa visión que pudiese tener de un fin lucrativo para el Estado.

Nos vamos a nuestra Ley de Contrataciones, ¿qué es lo que dice con relación al artículo 32.6 del TUO de la Ley de Contrataciones? Señala que el contratista debe obrar con diligencia apoyando siempre el buen desarrollo para conseguir los objetivos públicos previstos. Ven cómo, de alguna manera, todo lo que estamos conversando ya está plasmado conceptualmente en nuestra normativa.

Nos vamos un poquito más allá. Hace algunos años salió en los fundamentos 22 y 23 de una resolución del Tribunal de Contrataciones de la Sala 4, se señalaba que el Estado actuaba sobre criterios de buena fe, que no busca salir favorecido desde su posición a expensas de los errores de los postores en ese momento, sino que busca una relación que implique beneficios para ambos y no el aprovechamiento de una relación contractual. Esto es sumamente importante.

Algunos deberes de las entidades contratantes: el de información, sus alcances deben ser precisos, tiene que informar constantemente sobre situaciones, cambios, actividades que puedan realizarse durante la ejecución del contrato; de no entorpecer, las entidades no pueden impedir, sea por acción o por omisión, la buena ejecución o la buena marcha del contrato de las prestaciones, por ejemplo, negativas para recibir las prestaciones, para no cumplir con obligaciones previas de entrega. De repente es un contratista que debe instalar algún equipo, pero, previamente, la entidad tenga que otorgarle los ambientes acondicionados para que pueda hacer la instalación, y no lo hace, pasa muchísimo tiempo, desencadena que se puedan resolver, eventualmente, los contratos, e incluso ejerciendo abusivamente los derechos o las prerrogativas que tienen las entidades llegan a resolver contrato, justamente, por inobservar estos principios. O de no dar atención a las incidencias.

De no incurrir en retrasos en decidir, por ejemplo, ampliaciones de plazo, absolución de consultas, conformidades, pagos, el dinero que deja de ingresar, el dinero que se deja de pagar es dinero que deja de ser inyectado a la economía y, al final, termina afectándose la economía en su conjunto.

Otro, el deber de colaboración, que es implícito, ya lo hemos comentado, colaborar es siempre transversal a ambas partes y eso también lo vamos a ver con la parte de los contratistas priorizando el interés público, y este deber es importantísimo porque es materializado en toda su expresión y en todo momento.

También evitar actos prematuros, es decir, evitar ejercer derechos prematuramente sin ningún análisis concienzudo. Por ejemplo, en la aplicación de penalidades cuando existen retrasos que se encuentran justificados con la ejecución de fianzas, cuando no corresponde, con la resolución de contratos, cuando, incluso, existen causales abiertas para solicitar ampliaciones de plazo, e incluso esas causales son conocidas por la Administración y que son atribuibles a la propia Administración, en algunos casos, y otras son imputables a los contratistas.

Finalmente, el de mitigar impactos, y es que antes de ver frustrado el contrato y llegar a un impacto mucho mayor, debe evitar, en lo posible, que los daños puedan afectar el cumplimiento de los intereses públicos.

Hay que hacer un análisis costo-beneficio y desarrollar de esa manera la toma de sus decisiones, y algunos de los contratistas, colaborar. Eso es básico y, como lo hemos venido conversando, tienen la obligación de colaborar con las entidades en todo momento para el logro de sus finalidades públicas, incluso cuando ese deber le imponga a él ejecutar mayores prestaciones. Claro, no estamos diciendo que sea una beneficencia. Los contratistas no viven desinteresados, ellos son agentes económicos y deben percibir una remuneración por su rol colaborador en alcanzar las finalidades públicas porque son agentes económicos, básicamente.

El de lealtad y honestidad, actuando con probidad diligencia y buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones.

De dar aviso oportuno también, y esto nace, incluso, desde antes de la suscripción del contrato. Hay una obligación al momento de presentarse a los procesos de selección, de dar aviso de algunas situaciones que pudiesen ellos avizorar, y que en el futuro vaya a impactar; hay que comunicarlo, y ya durante la ejecución del contrato esto adquiere una mayor preponderancia porque puede ocasionar mayores impactos en la ejecución contractual que pueden desencadenar muchas situaciones y escenarios, eventualmente, controvertidos.

El mitigar impactos también. Esto es implícito, el deber de mitigar impactos o pérdidas es transversal a ambos contratantes y antes de que el contrato se afecte por algún incumplimiento, hay que evitar el aumento de esos daños, cuya reparación, básicamente, va a tener que soportar la entidad contratante.

Y el *expertise*, se presume que el contratista es experto y versado sobre su materia, y es en ese contexto que actúa con una particular diligencia en las actividades y prestaciones para las que se le ha contratado.

Buenas prácticas para la ejecución de los contratos. ¿Cómo debe desarrollarse la ejecución de los contratos? Acá hay algunas buenas prácticas que he podido recoger del ámbito internacional y que también se aplica a algunos casos en el ámbito nacional, pero que deben ser estándares, deben ser guías para poder trabajarse. El de reuniones periódicas se deben reunir entre los funcionarios que están a cargo en la ejecución de un contrato y también los contratistas en cada etapa de la ejecución de sus prestaciones para, de alguna forma, vigilar o monitorear.

El compromiso y participación. Las partes tienen que estar comprometidas desde el inicio e involucrarse en la gestión del contrato. Todo esto va a ayudar a una mejor interrelación de los involucrados.

Obviamente, la ejecución debe darse en un ambiente de ganar-ganar, donde todos los involucrados estén cómodos. Imagínense ustedes un escenario donde no existe esa empatía, donde todos tienen una actitud confrontacional, cómo podrían tomar decisiones o cómo podrían desarrollar la buena marcha de un contrato. Acá, las buenas prácticas llaman a que el ambiente que se implemente en la ejecución de un contrato sea un cómodo de ganar-ganar.

Tiene que haber un mapeo, un mapa claro de las obligaciones para controlar el avance de las prestaciones, desde el inicio establecer un panorama concreto de quiénes van a ser, de cómo se van a trabajar los roles, cómo se van a asignar las responsabilidades para una ejecución más transparente y más fluida.

Otra de las buenas prácticas que les estoy trayendo es monitorear los riesgos potenciales, debe monitorearse los riesgos y sus posibles consecuencias para establecer estrategias de mitigación durante la ejecución de contrato y que impacte lo menos posible.

El de una amplia comunicación, de alguna forma relacionado con algunos otros que ya hemos mencionado y es que el diálogo entre las entidades y contratistas tiene que ser cercano, tiene que ser abierto desde el principio.

Eso va a llevar a que la comunicación sea fluida y facilite, a su vez, el cumplimiento de las obligaciones.

Analizar los desempeños. Esto es hacer una especie de ver y medir cómo se está desarrollando el desempeño de determinado contratista en la ejecución de sus prestaciones, cómo van los plazos, si se ha presentado alguna situación, si necesito o requiero de un bien o un servicio que tiene un *deadline*,

una línea donde yo lo voy a requerir sí o sí. Ver que esa línea no se traspase y monitorear si está fabricando un bien, ir y monitorearlo. Analizar, medir cómo está desarrollándose, si va a llegar con los tiempos. Esas son buenas prácticas de gestión contractual y una actuación flexible, por supuesto.

Debemos partir de la premisa de que los problemas, inevitablemente, se van a presentar en la ejecución de un contrato. No hay contrato que no presente situaciones, entonces, en esa medida deben aportarse soluciones creativas y eso solo va a ser posible siendo flexibles, claro, dentro de un marco normativo.

No estamos diciendo que podemos ser flexibles con lo que fuere. Dentro de un marco normativo y dentro de lo que establece el alcance de sus obligaciones contractuales. Y, de alguna manera, sin dejar de mirar lo que es el cumplimiento de los fines públicos.

Y, finalmente, y esto es muy importante, el uso de herramientas tecnológicas como buenas prácticas.

La pandemia nos ha desnudado a todos, prácticamente, y nos ha dejado en pañales, no hemos hecho uso de tecnologías que ya existen y existen herramientas tecnológicas en la actualidad que facilitan la gestión contractual, centralizan la información. De alguna forma esto va a coadyuvar con una buena toma de decisiones. Este es un dato importante. Actualmente, en las entidades públicas tenemos que existen *baby boomers* que están a cargo o dirigen las entidades y seguido de un porcentaje un poco mayor de generación «X», y luego están en otro porcentaje menor *millennials* y *centennials*. Sin embargo, en unos años los *baby boomers* van a pasar de lado y lo que va a quedar es en un menor porcentaje, la generación nuestra: generación «X», pero en un menor porcentaje, y quienes van a estar a cargo de estas entidades van a ser *millennials* y *centennials*.

Entonces, cómo no permitirse como una buena práctica desde ya ir adoptando el uso de herramientas tecnológicas.

Para finalizar, dentro de los principios que rigen la cadena de abastecimiento, en el proyecto de ley que se presentaba se incorporó un principio que me pareció muy simpático, y que va de la mano con lo que estamos conversando: el principio rector de colaboración y establece que los actores de la cadena de abastecimiento público y en sus actuaciones deben cuidar el equilibrio, la equivalencia y proporcionalidad entre los derechos y obligaciones que asumen, debiendo propender a la colaboración oportuna y eficaz para el logro de la finalidad que se persigue.

Fijense cómo lo incorpora nuevamente y está, de alguna forma, recogiendo todo lo que hemos venido conversando. Quería dejarlos con esta frase de Marco Aurelio: «Hemos nacido para la colaboración como los pies, las manos, los párpados y las filas de los dientes, desde arriba abajo, entrar en conflicto unos con otros es contrario a la naturaleza».

Un fuerte abrazo para todos.

Igor Morales: Gracias, Gustavo.

Bueno, para cerrar solamente. Voy a que tener presente estas tres palabras: comunicación, colaboración o creación, porque eso genera innovación y ahí es lo que hemos visto, y eso mitiga los riesgos del *compliance*.

Muchísimas gracias.

PANEL II: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MEDIANTE ARBITRAJE CON EL ESTADO

Controversias y obligación de motivación en la cuantificación de costos covid en los contratos bajo la Ley n.º 30225

Hugo Sologuren Calmett

Problemática del plazo de caducidad en el inicio de las actuaciones arbitrales

*José Antonio Sánchez Moreno*¹

Sistemas administrativos del Estado y el Sistema Nacional de Abastecimiento, mejoras desde el arbitraje

*Gustavo de Vinatea*²

Responsabilidad del Estado por casos de corrupción en arbitraje internacional de inversión

*Yurica Ramos Montes*³

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestro del Derecho Civil y Comercial, con más de veinticinco años de experiencia en solución de controversias, litigios y arbitrajes. Es conferencista en temas de arbitraje, profesor de los cursos de Contratación del Estado y Planificación Estratégica para el Desarrollo Nacional en la Maestría de la Universidad César Vallejo. Docente en los diplomados de arbitraje organizados por ESAN.

² Abogado por la Universidad de Lima, tiene dos maestrías en Administración Pública: por el Instituto Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid y por el Instituto de Gobierno de la Universidad de San Martín de Porres. Es profesor de posgrado en la Universidad ESAN y en la Universidad Continental, en cursos de arbitraje y de contrataciones con el Estado. Es árbitro en diversos centros de arbitraje del país.

³ Ha trabajado en arbitrajes internacionales bajo las reglas del Ciadi, de la CCI y del ICDR. Ha coordinado el Concurso de Arbitraje Internacional de Inversiones organizado por el Centro de Arbitraje Comercial Internacional de American University Management College of Law de Washington. Es miembro fundador de Arbitration 360°, que promueve el debate de temas de arbitraje nacional e Internacional. Colaboradora de la revista jurídica del Ciadi, sigue como editora por algunos años y, actualmente, es asesora de proyectos en derecho internacional, derechos humanos, negocio y arbitraje de inversiones para la firma de abogados Lex Arbitri, basada en Washington D. C.

Karina Zambrano Blanco: Debo contarles que todos los temas de contratos con el Estado se resuelven mediante arbitraje. Bueno, la mayoría. Es decir, si un proveedor vende al Estado, toda vez que el Estado peruano es el comprador del Perú, es el que compra más, y si hay un problema en el cumplimiento de la obligación o un problema en el pago, etc., etc., no es competente a los tribunales de justicia, sino a los arbitrajes.

Entonces, los árbitros somos los que vamos a resolver, y esta materia es letra que nos ha permitido que los árbitros tengamos el 90 % de nuestros casos sobre arbitraje con el Estado. Y esta materia ha permitido que seamos conocidos en el mundo y somos el único país en el cual es obligatorio arbitrar en contratos con el Estado. Otros reclaman que es obligatorio arbitrar el orden público.

Para esto está el reconocido Hugo Sologuren Calmet, José Antonio Sánchez Romero, Gustavo de Vinatea y Yurica Ramos.

Hugo Sologuren Calmet: La segunda disposición complementaria transitoria del Decreto Legislativo n.º 1486 estableció medidas de reactivación de las obras públicas contratadas conforme al régimen general de contrataciones del Estado, paralizadas por el actual estado de emergencia nacional producida por la COVID-19, aprobada por el Decreto Supremo n.º 044-2020.

En atención a esta disposición se emitió la Directiva n.º 005-1020, la cual establece dos disposiciones generales y específicas que regulan, entre otros, el alcance y los efectos económicos de la implementación de las medidas para la prevención y control frente a la propagación de la COVID-19, dispuesta por los sectores competentes en cada caso, así como el procedimiento para la implementación de las medidas sectoriales dispuestas con posterioridad a la aprobación de la ampliación excepcional de plazo.

Ante la vigencia de la Directiva, el contratista debía presentar la cuantificación de aquellos costos directos y gastos generales que implique ejecutar la obra, bajo el nuevo plazo de ejecución y por la implementación de la medida de la COVID-19. Así, de conformidad con lo establecido en el subnumeral 7.4.1 del numeral 7.4 de la directiva, en el plazo máximo de treinta días calendario de aprobada la solicitud de ampliación de plazo excepcional, el ejecutor de la obra debería presentar la cuantificación de aquellos costos directos y gastos generales que implique ejecutar la obra, bajo el nuevo plazo de ejecución y por la implementación de las medidas de prevención y control frente a la propagación de la COVID-19, dispuesta —como ya mencioné— por los sectores competentes.

En el subnumeral 7.4.2 del numeral 7.4 de la Directiva se señala que la entidad deberá notificar a la contratista su pronunciamiento sobre tal cuantificación en un plazo máximo de quince días calendario, de haber sido presentado por el ejecutor de la obra, precisándose que si la entidad discrepa con la propuesta de cuantificación presentada por el ejecutor de obra, deberá comunicársele ello dentro del plazo antes señalado, con la identificación precisa de los aspectos, donde existe discrepancia y el fundamento de su posición, aplicándose provisionalmente los términos planteados por la entidad, manteniendo el ejecutor de la obra su derecho de someter las discrepancias a los mecanismos de solución de controversias.

Ahora bien, ante la presentación del presupuesto COVID-19, de parte del contratista a la entidad, esta podría aprobar los denominados «costos COVID-19» como también podría discrepar de ellos. No obstante, la propia Directiva determina que si esta discrepa de la propuesta de cuantificación presentada por el ejecutor de la obra, deberá comunicarle ello con la identificación precisa de los aspectos y conceptos donde existe discrepancia y fundamentos de su posición, es decir, se impone una obligación de motivar las razones que iban en la discrepancia.

No obstante, traemos nuevamente a colación que el penúltimo párrafo de la segunda versión complementaria transitoria del Decreto Legislativo prescribió que la implementación de la disposición en mención, se efectúa con cargo al presupuesto institucional de la entidad pública que autorizan la reactivación de la obra pública paralizada, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público, esto es, el Gobierno central no iba a destinar transferencias para los otros niveles de gobierno a fin de dotarlos de mayor presupuesto.

Lo antes comentado nos lleva a una aparente conclusión, que el tema del presupuesto sería el gran inconveniente para que, tanto contratistas como entidades, se pongan de acuerdo sobre los costos COVID-19, dado que es de conocimiento público que los distintos niveles de gobierno siempre han señalado que el presupuesto público es insuficiente para atender las reales exigencias y brechas de infraestructura en nuestro país.

No obstante, vemos en la información económica publicada por el Ministerio de Economía y Finanzas que el Estado, como un todo, en el 2020 solo usó el 84,2 % del presupuesto total como les comentaba. A nivel de Gobierno nacional y regional se usó el 89,3 % de su presupuesto, siendo que a nivel de gobiernos locales, solo se llegó a gastar el 63,5 % del presupuesto. Resalta que el Estado ha dejado de gastar, por ejemplo, a nivel local el 36,5 % de su presupuesto, monto importante que podría haberse destinado al presupuesto para obras adicionales por la COVID-19. En el caso de los niveles regional y nacional se ha dejado de gastar un promedio de 10,7 % en total del presupuesto.

Hemos hecho una pequeña evaluación de algunos gobiernos regionales a fin de advertir el porcentaje de presupuesto que han gastado en materia de obras públicas. Así, por ejemplo, tenemos que el Gobierno Regional de Tumbes en el 2020, para obras y expedientes técnicos, entre otros, solo ha gastado el 35,2 %, dejando sin ejecutar el 64,8 %. Igualmente, tenemos que el Gobierno Regional de Ica, en el 2020, solo ha gastado para obras y expedientes técnicos, entre otros, el 23,5 %, dejando de ejecutar el 76,5 % de su presupuesto. No obstante, tenemos como ejemplo al Gobierno Regional de Puno que, para obras y expedientes técnicos, entre otros, en el 2020 ha gastado el 90,2 %, dejando de gastar solo el 9,8 % de su presupuesto. Todo un ejemplo que difícilmente imaginaríamos de una localidad tan distante del regionalismo central como es Puno.

Si revisamos brevemente la información económica, aparentemente, el aspecto del presupuesto público no sería el problema de fondo en la asunción de los costos covid por parte de las entidades nacionales. Sin embargo, en el tiempo que va de aplicación de la Directiva en mención se ha generado controversia porque las entidades han rechazado los costos covid presentados por el contratista sin ninguna motivación. Esto es diferente al tema del presupuesto. Tan solo como es de simple rechazo.

Veamos algunas de las controversias más comunes que se han presentado. Podemos empezar, por ejemplo, porque un contratista presenta su presupuesto de COVID-19 en atención a la Directiva. Los costos que presentan son altos debido a que consideran equipos de protección de calidad superior, mascarillas KN95, implementos de ropa de protección, cascos, protección facial, etc. La entidad no acepta el presupuesto de los costos COVID-19 presentados por el contratista. Señala que no cuenta con el presupuesto para cubrir el mayor costo de los implementos y por ello propone que se reduzcan los costos y materiales a unos de menor calidad. Tenemos como consecuencia la controversia llevada a arbitraje. El contratista requiere la aprobación de su presupuesto debido a que considera que está poniendo en riesgo la salud de sus trabajadores y los de la entidad con implementos de menor calidad, lo que puede resultar después en una reclamación contra ellos.

Otra controversia común es, por ejemplo, un contratista presenta su presupuesto COVID-19, este presupuesto considera costos promedio de mercado y calidad media de implementos de seguridad. No es un presupuesto elevado, es un presupuesto promedio. La entidad no se pronuncia dentro de los quince días calendario de haber presentado al contratista su presupuesto covid-19, incumpliendo lo establecido en la directiva. Como consecuencia, realmente, la controversia es llevada a arbitraje. El contratista busca que se le reconozcan los costos COVID-19 para la continuación de la

obra, dado que el no pronunciamiento de la entidad está afectando el equilibrio financiero del contrato. Un aspecto a resaltar en esta controversia es que si bien el subnumeral 7.4.2 del numeral 7.4 de la Directiva establece la obligación de la entidad pronunciarse sobre la cuantificación de los costos COVID-19 en un plazo de quince días calendario, la referida disposición no establece la consecuencia o sanción de no cumplir con dicho plazo, por lo que se tendría que analizar si el solo incumplimiento del plazo, genera la aprobación automática de estos costos, por lo que esto debe ser materia de análisis en cada tribunal arbitral que tiene a cargo una controversia sobre este aspecto.

Se ha visto también controversias referidas a un contratista que presenta costos COVID-19 y en este presupuesto considera algunos implementos de alta calidad y otro de media. Es un presupuesto que podríamos llamar ajustado. La entidad, sin embargo, notifica su desacuerdo con el presupuesto, pero solo expresa su desacuerdo, nos explica los motivos de este. Notifica una carta dentro del plazo que no contiene más que dos párrafos señalando su disconformidad con el presupuesto. Nuevamente, el resultado: controversia llevada a arbitraje. El contratista, naturalmente, requiere que se apruebe el presupuesto porque la entidad ha expresado su desacuerdo sin motivación, vulnerando la obligación que establece y que impone la Ley n.º 27444 y la Constitución.

Recordemos que de forma independiente a que la directiva obliga a la entidad a modificar su decisión sobre la discrepancia de los costos COVID-19, también se encuentra como sustento legal que toda decisión de la Administración debe cumplir con la ley y las garantías constitucionales reconocidas y establecidas en la propia ley de la materia: la de la motivación de las decisiones.

Una controversia que también se ha venido presentando es si el contratista presenta un presupuesto, la entidad acepta el presupuesto. El presupuesto del contratista considera implementos de alta calidad, no obstante, la entidad cuenta con el presupuesto para asumir este mayor costo. Por ello, acepta el presupuesto presentado por el ejecutor. Luego de tres meses, la entidad solicita al contratista revisar los costos covid, a fin de reducirlos. Esto lo estamos viviendo en diversos casos. Y es que la entidad considera que al haber transcurrido un periodo de tiempo prudencial, deben realizarse los costos, a fin de reducirlos, pedido que ha realizado un estudio de mercado y ha obtenido una acreditación de que los costos de los implementos aprobados han bajado en el tiempo. Nuevamente, el resultado: la controversia llevada a arbitraje. El contratista considera que no corresponde reducir el presupuesto covid de acuerdo con su propio estudio de mercado. Presenta diversas cotizaciones, además de haber sido aprobado por la entidad, los costos covid que presentó se mantienen actualmente en su precio y se lo demuestran. Incluso, algunas de las cotizaciones señalan que son mayores.

Cabe precisar que el numeral 7.5.2 del numeral 7.5 de la Directiva establece la cuantificación de los costos directos y gastos generales que implique la implementación de las medidas para prevención y control frente a la propagación de la covid, y dispuestas por los sectores competentes propuestos por el ejecutor de la obra «podrá» ser objeto de revisión periódica, a pedido de cualquiera de las partes, al haber sido propuesta y aprobada con base en estimaciones de rendimientos de aproximaciones, con la finalidad de verificar su correspondencia con los rendimientos reales del periodo y con los precios actuales del mercado, en procura de preservar el equilibrio entre las prestaciones.

No obstante, aquí la controversia, y el sentido de la norma es bueno, pero creo que su reacción no es muy feliz porque cómo puede haber una aprobación previa, bajo esa aprobación se disputa un presupuesto, y tres meses después me dice: «¿Sabes qué? El promedio del costo real del mercado ha bajado, así que te recorto el presupuesto». Ya todos sabemos cuál es la consecuencia.

Quiero pensar que cada controversia expuesta tiene sus propios matices y corresponde a cada tribunal que tenga a su cargo la resolución de terminar y motivar el sentido de su decisión. Sin embargo, considero que se deben tener presentes algunos otros aspectos que parecen haberse olvidado en una época de pandemia que ha afectado, incluso, aspectos de la vida personal en el mundo entero.

La Directiva busca que sean las partes las que se pongan de acuerdo y no se tenga que llegar a una controversia. Estoy enunciando principios emanados de las normas que rigen eso. Reitero, la

directiva busca que las partes se pongan de acuerdo y no tengan que llegar a una controversia. El contexto de la pandemia ya afecta de forma impactante, por lo que se debería evitar esas controversias. Las partes tienen el deber de colaboración en el marco de ejecución de un contrato y se deben ceñir a ese deber de colaboración.

Las controversias por costos COVID-19 deberían ser excepcionalmente llevadas a arbitraje.

Termino la exposición precisando que las partes tienen el deber, la obligación de colaborar en la ejecución del contrato. El deber de colaborar exige que más allá de la diferencia de intereses que existan entre las partes en la ejecución del contrato se evite toda dificultad facilitando la ejecución del crédito a la otra parte.

Las partes entre sí tienen el deber de actuar de la mejor forma posible para el logro del interés de los contratantes y el cumplimiento del objeto del contrato que, generalmente, es el bien público. Ello, como bien destaca Kemmelmajer de Carlucci, puede implicar ejecutar prestaciones no previstas expresamente, modificar el propio comportamiento, tolerar que la otra parte modifique la prestación, dar aviso de ciertos acontecimientos y otras posibilidades.

El deber de colaboración real en la ejecución del contrato entre las partes exige al creador abstenerse de todo acto u omisión que pueda tener por consecuencia privar a la otra parte de beneficios o ventajas propias y naturales del contrato o que agrave injustificadamente el resultado, volviendo más onerosa la situación del deudor y perjudicando la finalización o el objeto final del proyecto.

Muchas gracias por su atención.

Hugo Sologuren Calmet: Muchas gracias.

El siguiente expositor es José Antonio Sánchez.

José Antonio Sánchez Moreno: Gracias.

El tema de la caducidad en el plazo para el inicio de las actuaciones arbitrales se da recurrentemente. El plazo está vinculado al tiempo. Y ahí tenemos a Kronos, el dios del tiempo, que simboliza una fuerza devoradora y destructiva, según la mitología griega. Kronos es el hijo menor de Urano y Gea, según la mitología griega, y es padre de Zeus. Kronos deseaba el poder y para eso mató a su padre Urano: primero lo castró y luego lo mató. Tomó el poder Kronos y como supuso que le iban a hacer a él lo mismo siendo el rey, empezó a matar a sus hijos. Estos hechos simbolizan la fuerza devoradora y destructiva, y por eso es que a Kronos se le vincula con el tiempo, fuerza devoradora y destructiva.

Ahora lo vinculamos desde el punto de vista jurídico. Lo encontramos desde *Las Institutas* de Justiniano, Roma. Tenemos, por ejemplo, algo que ya conocemos, sino un poco para recordar. La usucapción, por ejemplo, la prescripción adquisitiva y también en otras instituciones, a lo largo de *Las Institutas*, vamos a encontrar el tema del tiempo, y así va pasando por todas las legislaciones —el Código Civil alemán, el Código Civil francés— el tema del tiempo.

Y llegamos al Código Civil peruano. Y en el Código Civil peruano encontramos el tema del tiempo en todos sus libros, desde el libro de Personas hasta el libro de los Registros Públicos; Acto Jurídico; Familia; Obligaciones; Sucesiones, Contratos. Y tenemos un libro referido a la prescripción y a la caducidad. Recuerdo las clases de Fernando Vidal Ramírez de acto jurídico que distinguía entre un hecho jurídico y un hecho jurígeno, y en el libro de prescripción y caducidad está la prescripción extintiva, que extingue la acción, pero no el derecho, admite suspensión, así como su interrupción; y también tenemos el tema de la caducidad que extingue el derecho acción y subrayo el tema: no admite interrupción ni suspensión. Esto como marco general.

Centrándonos en el tema de la caducidad, ¿por qué existe un plazo de caducidad? Es por la seguridad jurídica, porque las reclamaciones, las solicitudes no pueden mantenerse en el tiempo de manera indefinida, porque si no cómo queda el tema de la seguridad jurídica, ¿podrás reclamar después de cinco, diez, quince, veinte años? No, por eso es que existen plazos y, en este caso, un plazo de caducidad, y estos plazos de caducidad otorgan a las partes la seguridad jurídica.

Vamos, poco a poco, aterrizando en el tema que nos convoca sobre el inicio las actuaciones arbitrales, Ley de Contrataciones del Estado, que ya la conocen ustedes, señala un plazo de caducidad, el 45.5 del Reglamento de la Ley, en el cual se señala que las controversias deben iniciarse dentro del plazo de treinta días hábiles.

¿Y cuál es la situación que ha venido? El contratista interponía o presentaba su solicitud de arbitraje dentro del plazo de caducidad, dentro de los treinta días hábiles, la institución arbitral o los árbitros señalaban el tema de los honorarios arbitrales. Lo que sucedía es que, a veces, los contratistas no tenían el dinero para pagar los honorarios arbitrales y se archivaba la solicitud arbitral, y en la comunicación algunas instituciones arbitrales señalaban «se archiva el proceso por falta de pago, dejando a salvo su derecho». Quiere decir, interpretaba, ¿puedo presentar nuevamente mi solicitud arbitral? ¿Se suspendía o interrumpía el plazo de caducidad con la presentación de la solicitud y nuevamente se reabría el plazo de treinta días? Daba lugar a muchas interpretaciones, porque el artículo 72 inciso 4 de la Ley de Arbitraje señalaba que la decisión del tribunal determinaba que las actuaciones ante el incumplimiento de la obligación del depósito de los anticipos correspondientes no perjudicaba el convenio arbitral. Con base en lo que señala la Ley de Arbitraje, algunos contratistas volvían a presentar su solicitud de arbitraje, porque argumentaban que su convenio arbitral no estaba perjudicado, y consecuentemente, podían presentar nuevamente su solicitud arbitral por segunda vez.

A raíz de esto, en el 2012 expidió una opinión de arbitraje, la 003-2012 que señalaba que puedes reiniciar el arbitraje, pero dentro del plazo de caducidad. Recordemos que el 2012, con la norma del 2008, el plazo de caducidad era de quince días nada más, ahora es treinta.

Ahora, los contratistas, en algunos casos, no pueden pagar los gastos arbitrales, porque por la situación económica que está pasando el país se rompe la cadena de pagos, no tienen liquidez, pero tienen un plazo de caducidad de treinta días hábiles. Interponen, presentan su solicitud de arbitraje para reclamar cualquier tema, como tema predeterminado contra la entidad, pero el problema son los gastos arbitrales: no tienen liquidez. Y la consecuencia es que se archiva.

¿Cómo quedan las reclamaciones que tiene el contratista, ya sea por COVID-19 o por cualquier otro tema? ¿Ya no podrá reiniciarlas? Esto se ha venido dando durante esta etapa de la pandemia. He escuchado algunos comentarios y he leído la literatura que han escrito algunos colegas en materia de arbitraje, y ellos opinan que el contratista al que la institución archivó su solicitud de arbitraje sí puede reiniciar el arbitraje y presentar una nueva solicitud arbitral. Su argumento es que el reinicio de arbitraje en esta época de covid es una excepción a la caducidad, y por eso está la pregunta: ¿el reinicio de arbitraje, en estos casos, en esta coyuntura, es una excepción a la caducidad: sí o no? Porque señala a los contratistas: «Entiendan, no hay dinero, no hay flujo de caja, y, para remate, si nosotros pagásemos, las partes, el 50 % que nos corresponde, las entidades no están pagando su 50 %, y la lógica consecuencia es que yo, como contratista, tengo que subrogarme. Si no tengo plata, si no tengo liquidez, ¿cómo voy a subrogar en la posición de la entidad? La lógica consecuencia es que se archiva.

Esto generó una segunda opinión del OSCE, la Opinión n.º 016-2021. La pregunta fue puntual: ¿después de archivado un arbitraje por falta de pago se computa nuevamente el plazo de caducidad?, o sea, ¿si ya vencieron los treinta días hábiles, nuevamente, se computan los treinta días hábiles? El OSCE constató que, efectivamente, según el artículo 72 inciso 4 de la Ley de Arbitraje, no [se perjudica] el convenio arbitral. Pero este hecho no implica que se reinicie el cómputo de la caducidad, porque como ya hemos visto en el Código Civil, la caducidad no admite ni suspensiones ni interrupciones. El OSCE dice que puedes reiniciar tu solicitud de arbitraje, pero dentro del plazo de caducidad de los treinta días. Pero he visto en algunos arbitrajes un nuevo argumento de algunos abogados que

defienden a los contratistas: «Pero, doctor, ¿las opiniones de OSCE son vinculantes para los árbitros, obligan, son jurisprudencia, tienen que aplicarse, *per se*, obligatoriamente las opiniones de OSCE? «Señor árbitro, yo creo que no». Quedará a su criterio.

Y en este tema está el debate que está ocurriendo en estos momentos a raíz de la covid, los problemas económicos, viene el tema de la caducidad, ya queda a criterio de los señores árbitros que me están escuchando determinar si el contratista, por los problemas económicos que tiene —que son varios—, puede reiniciar o se reinicia nuevamente el plazo.

Tema para que Hugo o Gustavo de Vinatea, que son recurrentes árbitros, lo resuelvan oportunamente mediante una decisión que resuelva alguna excepción de caducidad.

Gracias, Hugo. Un fuerte abrazo.

Hugo Sologuren Calmet: Muchas gracias, José Antonio.

Tenemos la siguiente presentación que es sobre «Los sistemas administrativos del Estado y el Sistema Nacional de Abastecimiento. Mejoras desde el arbitraje», a cargo de Gustavo de Vinatea.

Gustavo de Vinatea: Muchas gracias, Hugo.

He tratado de hacer una reflexión distinta a la que normalmente estoy acostumbrado y es que he tenido la suerte de haber podido desempeñarme profesionalmente en ambos mundos: en el mundo privado y en el mundo público.

Y qué duda cabe que la contratación pública, en general, es ese espacio de encuentro de estos dos mundos donde el sector público y el sector privado se encuentran en un contrato donde el Estado requiere del privado para dar bienes servicios obras a la ciudadanía, y el privado, obviamente, quiere hacer negocios y quiere hacer empresa teniendo al Estado como un cliente.

Este encuentro de dos mundos tan distintos genera muchas incomprendiones, muchas veces, conflictos y el arbitraje está establecido como el mecanismo para resolverlos. Pero decía que esta visión intenta ser una visión distinta porque nos olvidamos, a veces, cuando uno está muy metido en el sector privado, en el arbitraje comercial o muy metido en la gestión pública, en el mundo público, de que son dos mundos distintos y creo que el mundo público, en concreto, hablando de los sistemas administrativos del Estado del cual ahora forma parte el arbitraje, tiene mucho que decirle al arbitraje y, a su vez, el arbitraje tiene mucho que decirle al mundo público y tiene algo que iluminar a los sistemas administrativos.

Me he valido también de siempre analizar las sentencias que emite la Corte Comercial de Lima, en el control judicial de los laudos, para ver qué dice el único control que existe hoy día sobre el laudo arbitral fuera del constitucional, que está restringido. Es importante analizar qué está diciendo la jurisprudencia nacional en materia de laudos en contrataciones con el Estado y si esto tiene algo que iluminar a los sistemas administrativos y al arbitraje en sí.

Lo primero que habría que decir es que el 70 % del total de procesos arbitrales que nos ha puesto en el mundo —en el radar del arbitraje mundial—son arbitrajes en contrataciones con el Estado, siete de cada diez. No es poco. Y esto ha generado un fenómeno de reflexión, de desarrollo normativo, de reglas, de jurisprudencia, de opiniones muy rico.

La contratación pública convierte al Estado en el principal agente económico en la actividad económica nacional. Al 31 de octubre del 2015 había un dato interesante: el Estado peruano había realizado contrataciones por más de 20 mil millones de soles en 140 000 contratos, el 40 % correspondía a servicios, 30 % a bienes y 30 % de ejecución de obras.

Qué duda cabe que no es cualquier actor, y cuando este actor decidió entrar al mundo del arbitraje no fue un actor más, lo ha modificado, lo ha hecho madurar, lo ha hecho reflexionar y avanzar —creo yo—.

El Estado no solo se ha obligado a la jurisdicción arbitral, seguimos siendo el único país del mundo que lo hace, por más que muchos intentan copiarlo, y enfrentan dificultades para hacerlo. Y cada vez que ha generado este marco —decía yo— constitucional, de jurisprudencia del Tribunal Constitucional legal, muy frondoso —para muchos, sobrerregulado—, en general, ha generado este marco de leyes, reglamentos, sentencias, jurisprudencia, opiniones del OSCE, etcétera.

Analizaremos también el control del Poder Judicial para evaluar si ante sus ojos, que decía que es el principal control que se ejerce sobre el laudo hoy en día, el arbitraje viene haciendo bien las cosas, si viene cumpliendo los fines que buscó el Estado cuando le tocó la puerta para solucionar sus controversias, si este control está siendo eficaz, que es un concepto muy importante en los sistemas administrativos, y si está siendo eficaz para mejorar el arbitraje y los fines de la contratación pública y ver si todo el Sistema de Abastecimiento del Estado, y con ello la calidad de vida de los ciudadanos, está mejorando. Por eso es importante ver qué dice el control judicial.

La gobernanza es este enfoque moderno de la Administración Pública que esta decisión del Estado peruano de optar por el arbitraje como mecanismo de solución de controversias recoge plenamente.

La gobernanza es este nuevo enfoque de la Administración Pública por la cual el Estado deja el clásico *ius imperium*, todopoderoso, en el que mira a los ciudadanos desde lo alto y sabe lo que es mejor para todos; más bien, va escuchando y acercándose al ciudadano, a los actores en una relación importante y va atendiendo otro tipo de relación en el que la gobernanza intenta hacer un diálogo en el que se van construyendo relaciones duraderas.

Optar por un medio privado como el arbitraje como solución de controversias es una decisión que se toma en virtud de esta noción moderna de la gestión pública de gobernanza, en la medida en que el Estado abandona esta posición de poder, se pone en el llano y se somete a la decisión de un árbitro que es un ciudadano más. Esto para muchos administrativistas clásicos es una herejía, cómo el Estado, en temas domésticos —no estamos hablando de controversias internacionales— se somete a un a un ciudadano gobernado por él.

A esa decisión se somete el Estado peruano y esto es reconocido por el concepto moderno de gobernanza como un avance del país. ¿Qué sabemos de los sistemas administrativos del Estado? Tal vez conocemos poco de ellos, y por eso mismo vemos esta poca relación que existe entre el arbitraje y la gestión pública.

Pero los sistemas administrativos del Estado están regulados en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y lo interesante es que de los once sistemas administrativos que están regulados y descritos ahí, todos tienen un elemento en común: la eficiente gestión de los recursos. Esa es la lógica de un sistema administrativo y lo otro importante es que se interrelacionan.

Un sistema administrativo no se entiende sin el otro, se complementan y relacionan para buscar la eficiente gestión de los recursos humanos. Y eso, junto con la transparencia, creo que son las dos luces que más irradian la gestión pública y los sistemas administrativos sobre el arbitraje.

Nos enfocaremos en el sistema de abastecimiento que es el que comprende el subsistema de contrataciones del Estado y que regula la contratación de bienes servicios y obras de las cerca de más de 3000 entidades del Estado peruano.

Estos son los sistemas administrativos que regula nuestra norma actualmente. Tenemos un Sistema Administrativo de gestión de recursos humanos, ente rector de servir abastecimiento, que es al

que nosotros más nos interesa porque ahí es donde están las contrataciones del Estado y el arbitraje, en este caso. Pero también tenemos un Sistema de Presupuesto Público, de Tesorería, de Endeudamiento Público, de Contabilidad, de Inversión Pública, Planeamiento Estratégico, de Defensa Judicial del Estado, de Control —ese es el único que tiene un ente rector fuera del Poder Ejecutivo que es la Contraloría— y de Modernización de la Gestión Pública. Once sistemas que tienen un elemento común: gestión eficiente de los recursos.

No hace mucho, se ha dictado el Decreto Legislativo n.º 1439 que crea el Sistema Nacional de Abastecimiento con este nuevo nombre y que no solo comprende la programación, ejecución de los procesos de selección y la administración y custodia de los bienes del Estado, sino que interrelaciona y armoniza con todos los otros sistemas administrativos. Se compone de una serie de procedimientos articulados para asegurar la provisión de bienes y el funcionamiento del sector público con miras a resultados y la generación de valor público en el marco de un eficiente empleo de recursos estatales.

Como vemos, elemento esencial es el manejo eficiente de los recursos. Y esto tiene mucho que ver con el tema de la anulación de laudos, y ahora que analicemos podemos, brevemente, en el tema del control judicial, ver cómo a veces al arbitraje se le quiere dar una visión de una primera etapa, antes de ir al Poder Judicial, o de un Poder Judicial chiquito al cual le aplican los mismos principios del Poder Judicial, y se va desnaturalizando el arbitraje, con lo cual se pierde de vista este concepto tan importante que es el manejo eficiente de los recursos.

El arbitraje cumple extraordinariamente esta finalidad que buscó el Estado cuando decidió acudir al arbitraje, pues, como sabemos, el arbitraje tiene una decisión especializada rápida, y todo esto conversa perfectamente con este fin de los sistemas administrativos que es la administración eficiente de los recursos detrás de cada obra al servicio y bien está una necesidad pública, un ciudadano a quien la obra, el servicio o el bien le va a mejorar la calidad de vida.

Y, normalmente, los que más necesitan del Estado son los más pobres, los otros consiguen los bienes servicios u obras que necesitan con sus propios medios, pero el que más necesita al Estado no puede esperar y esta luz de los sistemas administrativos y la gestión pública en general debe iluminar al arbitraje, en general, pero en especial, cuando hablamos de arbitraje en contrataciones con el Estado.

Otro elemento importante de este Sistema Nacional de Abastecimiento es que su ente rector es la Dirección General de Abastecimiento del Ministerio de Economía y Finanzas. Escuchaba a Hugo en su interesante exposición decir, —y a José Antonio también— sobre el tema de las opiniones del OSCE, pero, a veces, perdemos de vista que el OSCE no es el ente rector porque el sistema es el Sistema Nacional de Abastecimiento y el ente rector, propiamente, es la Dirección General de Abastecimientos del Ministerio de Economía y Finanzas, y, por lo tanto, es el ente rector en lo técnico normativo, es decir, es el órgano que debería dirimir los temas técnicos y normativos y dictar, justamente, este tipo de opiniones en materia de contrataciones y del Sistema Nacional de Abastecimiento.

Hice una pequeña muestra con las sentencias para analizar esta información que nos puede dar la Corte Comercial sobre los laudos en contrataciones con el Estado y analizamos 92 recursos de anulación que se habrán presentado en el 2019 y esto lo hicimos en el año 2020. Decía que estaba acotado a las salas comerciales de Lima y habíamos visto las sentencias que anulaban laudos, en general. De los 92 laudos, cuestionados vía recurso anulación, se anularon 19, es decir, un 21 %. Este porcentaje sigue siendo bajo, es decir, no es un porcentaje alarmante de anulaciones. La tasa de anulabilidad de 21 % sigue siendo baja, pero preocupa que se va incrementando y, con eso, esta eficiencia en el manejo de los recursos del Estado pareciera cada vez truncarse porque se anulan los laudos y esto lleva a que lo que buscó el Estado no se cumpla.

Este porcentaje se está incrementando. De esos 19 laudos anulados es importante resaltar que 17 son en contrataciones con el Estado, es decir, el 89 %. Este porcentaje también se viene incrementando en los últimos años y es algo que también debería llamarnos la atención. Pareciera existir o

empezar a surgir cada vez más un mayor celo de los jueces cuando controlan un laudo en contrataciones con el Estado que cuando controlan un laudo en materia comercial, y lo dicen en algunas sentencias. En materia comercial son dos privados que, finalmente, es dinero privado en contrataciones con el Estado. Estamos hablando de dinero público, interés público y, por lo tanto, hacen como una expresa profundización del tipo de control que realiza, lo cual sí llama la atención.

Finalmente, de esos 17 laudos anulados en contrataciones con el Estado, 15 son por defectos de motivación, es decir, el 88 %. Las otras 2 que no son defectos de motivación han sido por afectación al principio de preclusión, lo cual también es delicado. Pero este porcentaje de 88 % en contrataciones con el Estado y por defectos de motivación decía yo que también es alarmante porque pareciera que cada vez la anulación no solo está creciendo en cantidad, sino en intensidad. Es decir, los jueces están cada vez entrando más a analizar la motivación y, en algunos casos, a través de la motivación entran a resolver el fondo de la controversia. Esto sí debería preocuparnos un poco.

Esta evolución entre el 2017 y 2019, cuando se hicieron estos análisis de los recursos de anulación, los fundados en el 2017 son el 18 %, en el 2019 es 21 %, Hay un incremento. De estos, declarados fundados en contrataciones con el Estado en el 2017 eran 71 %, en el 2019 han sido 89 %. También se incrementa este dato y, ese mundo de laudos anulados en contrataciones con el Estado por defectos de motivación en el 2017 era el 73 %; en el 2019 hemos encontrado un 88 %, cifra que también se ha incrementado.

Entonces, como conclusión de esta muestra que tomamos de anulaciones de laudo en el 2020, dijimos hay un incremento de anulaciones, tanto en cantidad como en intensidad, de 10 %, que era el porcentaje que se manejaba en el 2009, a 18 % en el 2017, a 21 % en el 2019, se puede hablar de una tendencia a incrementarse la cantidad de anulaciones, la tasa de anulabilidad de los laudos. Y en intensidad, qué duda cabe, porque esta causal de defecto de motivación sigue incrementándose, siendo en el 2017, 73 % y en el 2019, 88 %. También se han incrementado los laudos anulados en contrataciones con el Estado, específicamente, pasando de 71 % en el 2017, a 89 % en el 2019 y, decía yo, esto se puede explicar por esta frase que encontramos en algunas sentencias donde los jueces parecen mostrar un mayor celo en el control cuando estamos frente a un laudo en contrataciones con el Estado.

Veremos si esto es correcto o no, si esto se condice con los principios de celeridad, de transparencia y, sobre todo, de manejo eficiente de los recursos en materia de abastecimiento y de contrataciones con el Estado, pero es la realidad que tenemos al día de hoy.

Como propuesta, desde los sistemas administrativos, desde estas luces que nos arrojan los sistemas administrativos, he planteado —y se ha planteado y han planteado muchas personas— diversos proyectos de ley modificando la Ley de Contrataciones. Creo yo, no se requiere modificar la Ley de Arbitraje, creo que es un error ir a modificar la Ley de Arbitraje, pero sí la Ley de Contrataciones, se puede hacer mucho por avanzar en dos materias que los sistemas de administración del Estado nos iluminan.

En materia de transparencia, creo que el arbitraje en contrataciones con el Estado no tiene el nivel de transparencia que tienen los otros sistemas administrativos y las otras etapas del proceso de contratación pública, el arbitraje sigue siendo un espacio donde la transparencia no es total, no es absoluta como debería serlo y eso creo que juega en contra de los fines del Estado: de la contratación, del abastecimiento.

Y, por otro lado, también se podría avanzar en una reforma de la ley de contrataciones, restringiendo el control judicial, a que este control sea realmente formal, creo que es muy importante, pero dejando en claro que debe ser formal porque es la única forma de, por un lado, cautelar esto que el Estado buscó cuando decidió incorporar al arbitraje como mecanismo de solución de controversias y es el manejo eficiente de los recursos.

Creo que entrar a una revisión de fondo simplemente es encarecer el sistema porque ya el arbitraje se convertiría en un paso solo previo para el Poder Judicial, y eso creo que no es lo que buscó el Estado.

Como conclusiones podemos decir que esta decisión del Estado de promover que el arbitraje sea el mecanismo de solución de disputas en materia contrataciones solo puede ser entendida plenamente —como dije— desde una moderna concepción de gobernanza. Al ser el arbitraje el único mecanismo para resolver los conflictos de intereses en las contrataciones públicas, el Estado apuesta por favorecer con eficiencia y especialidad a toda una multiplicidad de actores relevantes o *stakeholders*. Pero, sobre todo, en este esfuerzo por acercarse a las partes, a los actores, y escuchándolos, generar confianza en el inversionista y en el ciudadano para que contrate con el Estado y ejecute obras, bienes y servicios.

Las materias más recurridas en arbitraje son la aplicación de penalidades, la ampliación de plazos, la reclamación de pagos y las indemnizaciones, y esta es una información importante que debería tomar el Estado de los resultados de los arbitrajes.

¿Qué recomendaciones proponemos? En primer lugar, recomendamos que los jueces de las salas comerciales —y, en general, de todas aquellas que revisan laudos en contrataciones con el Estado— se deben ceñir a un control judicial formal. Los jueces de las salas deben ser conscientes de que la institución arbitral debe ser eficiente por sí misma, no puede ser una etapa previa al Poder Judicial, no es lo que ha buscado el Estado y creo que no es lo que buscaron estos sistemas administrativos, para los cuales el tiempo y la eficiencia son tan importantes. Por lo tanto, debe ser un control formal importante necesario, pero no puede ser visto como un paso previo al Poder Judicial ni tampoco como un proceso judicial chiquito, es algo distinto, complementario y que hay que tratarlo así para que siga sirviendo a los fines de la contratación pública y de los sistemas del Estado administrativo.

Hay que revertir la tendencia de continuar hacia menos laudos anhelados, este pase a la anulabilidad hay que revertirla y, sea parcial o totalmente, ambas jurisdicciones tienen que aprender a conocerse, coexistir y buscar esta complementariedad.

Se debe implementar un sistema informático único, es otra propuesta que se me hace muy importante, donde toda la cadena de sistemas administrativos y de contratación pública, por ejemplo, esté en un solo sistema integrado, de tal forma que en una situación como la que estamos viviendo hoy de pandemia tendríamos toda la cadena en un solo sistema ya digitalizado, ya en línea, ya con posibilidades de hacer no solo la contratación, sino el arbitraje, la ejecución, toda la cadena del sistema administrativo de abastecimiento, por ejemplo, virtualmente. Hoy día tenemos el problema de que los expedientes, las bases, no necesariamente están en el mismo sistema o no fueron digitalizados, en fin. Tener todo en un solo sistema ayudaría muchísimo a hacer eficiente el gasto público.

También se debe modificar la Ley de Contrataciones y la Ley de Arbitraje, que erróneamente ha sido recientemente modificada, para avanzar en la transparencia. Eso es fundamental, no debemos nunca dejar de decirlo y creo que hay mucho espacio para avanzar aún en transparencia en arbitraje en contrataciones con el Estado. Lo malo es que muchas veces regulamos y cuando regulamos sin darnos cuenta hacemos que el arbitraje en contrataciones con el Estado tenga más limitaciones a la transparencia que lo que tiene hoy en día el arbitraje comercial donde, salvo pacto en contrario, es confidencial, por lo cual bastaría un pacto, una cláusula modelo en la Ley de Contrataciones para que el arbitraje en contrataciones sea absolutamente transparente.

Sin embargo, cuando regulamos y decimos que la transparencia es la publicación del laudo o cuando el arbitraje concluya será transparente le estamos poniendo límites a una transparencia que creo debería ser absoluta y que siempre fomentará las mejores prácticas.

Finalmente, la última recomendación es también modificar la Ley de Contrataciones para establecer lo que yo llamo esta retroalimentación, que creo es lo más importante que puede aportar el arbitraje a los sistemas administrativos.

Dado que el arbitraje, en principio, cuenta con especialización, se puede tener una buena retroalimentación hacia las entidades públicas.

¿Qué quiero decir con esto? Muchas veces ocurre en las entidades públicas que quien lleva y conoce el arbitraje no es el área usuaria, y el área usuaria sigue generando TDR, bases, contratos que cometen los mismos errores que en un arbitraje. Ya se vio que la entidad cometió un error, pero esta información no llega formalmente. Formalmente, no hay una estructura que retroalimente. Hay procuradores que, con buena iniciativa, proactividad, mandan informes, etcétera, para retroalimentar a sus áreas usuarias, pero no es lo general y debería ser más formal y obligatorio que las áreas que tocan el arbitraje, que ven los problemas que se dan, puedan retroalimentar a las áreas usuarias de las entidades.

Por lo tanto, vemos que hay muchas luces que pueden brindar los sistemas administrativos al arbitraje y el arbitraje a los sistemas administrativos cuando se ven de una manera integrada. Con esto he terminado.

Muchas gracias.

Hugo Sologuren Calmet: Gracias. Nos toca ahora el tema de «Responsabilidad del Estado por casos de corrupción en arbitraje internacional de inversión». Y este tema será tratado por la distinguida doctora Yurica Ramos Montes.

Yurica Ramos Montes: Gracias.

Quiero acotar —siguiendo la ilación de la presentación de Gustavo— que en este tema, en el arbitraje, se juntan dos mundos entre el privado y el público, el público representado por el Estado, mundos totalmente diferentes, pero que también van a tener mucho impacto en nuestra sociedad. Por ello, durante mi presentación quiero responder a una sola pregunta: ¿estos tribunales de arbitraje internacional asignan una responsabilidad a los Estados por los actos de corrupción de los funcionarios de la misma forma que muchos tribunales han sancionado los actos de los inversionistas por actos de corrupción de sus empleados o de sus agentes? A lo largo de esta exposición voy a tratar de responder esta pregunta, no sin antes darles un contexto de la corrupción.

Quiero decir que las cifras del tema de corrupción han sido muy alarmantes, por ejemplo, el Banco Mundial señala que 1,5 trillones de dólares son pagados cada año y, asimismo, las Naciones Unidas señalan que el costo global de la corrupción es, al menos, de 2,6 billones, esto se considera el 5 % del PBI mundial. Estas cifras, aunadas a la consideración que la corrupción tiene un gran impacto significativo sobre las inversiones extranjeras directas.

Quiero señalar que si bien es cierto no hay una definición exclusiva sobre el tema de la corrupción, sin embargo, en organizaciones internacionales como el Banco Mundial o Transparencia Internacional señalan que este es un abuso de poder de un funcionario público para un beneficio privado. Asimismo, ha sido materia de análisis en tratados internacionales como la Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción y la Convención de Antisoborno de la OECD. Esto es en el marco internacional.

¿Qué pasa en el marco del arbitraje internacional de inversiones? La corrupción va a ser de una naturaleza bilateral. Como veremos más adelante. Se ha analizado dentro de las cláusulas en los tratados bilaterales de inversión bajo la doctrina de la legalidad. ¿Por qué lo denominamos que es de una naturaleza bilateral? Aquí, claramente, hay dos partes en el arbitraje internacional de inversión. Por un

lado, normalmente los inversionistas van a ser los demandantes que van a actuar a través de sus empleados; y, por el otro lado, tenemos a los demandados que va a ser el Estado receptor que va a actuar a través de sus funcionarios públicos. En este contexto, en el marco de los tratados bilaterales de inversión es que la corrupción ha sido analizada.

¿Y cómo la analizan? Bajo el término de inversión. Acá tres ejemplos de casos en los que se ha discutido el tema de la corrupción, y estos casos tenían sus tratados bilaterales de inversión. Estos tres casos, por ejemplo, señalan claramente que estas inversiones de un inversionista internacional deberían estar en conformidad con las leyes nacionales de un Estado. De no ser respetadas estas reglas no se debería proteger esas inversiones. Y en el marco de los casos en concreto, es que, por ejemplo, un tribunal internacional en el caso *Hamester*, ha señalado que una inversión no estará protegida si ha sido creada en violación de las normas nacionales o principios internacionales de buena fe, por corrupción, fraude o conducta engañosa. Es que así podemos ver que los tribunales internacionales analizan la corrupción en este contexto en el marco de los tratados bilaterales de inversión.

Dicho esto, he enmarcado la corrupción en un marco internacional y en el marco del arbitraje internacional de inversiones. Pasaré a responder la pregunta que me hice inicialmente, si los tribunales han analizado la responsabilidad de los Estados por los actos de corrupción de sus funcionarios públicos o los tratan de la misma forma a los inversionistas cuando los sancionan por actos de sus empleados o agentes.

En muchos casos, cuando se trata de un arbitraje de inversión basado en un tratado, las cláusulas establecidas en un tratado bilateral de inversión, los tribunales internacionales van a usar los principios de derecho internacional o también del derecho consuetudinario. En este caso, sobre el tema de la responsabilidad estatal por actos de funcionarios públicos, los tribunales internacionales también acogieron lo que se ha establecido en los artículos de la Comisión Internacional sobre responsabilidad de los Estados por hechos internos internacionalmente ilícitos.

Quiero traer a colación cuatro artículos que me parecen importantes para señalar si, efectivamente, los Estados podrían ser responsables por los actos de los funcionarios por actos de corrupción. El artículo 1 señala que «todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado entraña la responsabilidad internacional de ese Estado».

El artículo 2 señala que existen dos factores para que el hecho internacionalmente ilícito sea atribuible al Estado: primero, que sea atribuible al Estado; y, segundo, que ese hecho internacionalmente ilícito constituya una violación de una obligación internacional del Estado. Es en este artículo que los tribunales internacionales han basado cuándo estos actos de los funcionarios públicos, en casos de corrupción, van a ser atribuibles al Estado.

Asimismo, el artículo 4 del International Law Commission señala claramente que un órgano incluye cualquier persona, es decir, las acciones de los funcionarios públicos sí se podrían otorgar al Estado. Finalmente, el artículo 7 señala que la conducta de una persona en el caso, por ejemplo, de los funcionarios públicos, se considerará un acto del Estado incluso cuando el funcionario público exceda su capacidad, autoridad o contravenga las instrucciones, es decir, si este funcionario público se esté excediendo de la autoridad que le ha dado el Estado en esos casos de corrupción.

Al leer esos artículos pareciera que la situación es clara, que, efectivamente, por actos de corrupción de un funcionario público el Estado debía ser responsable; sin embargo, no es tan sencillo. Los tribunales tienen una cierta división respecto al análisis de estos artículos. Por ejemplo, los tribunales han hecho esa diferencia en el artículo 2 respecto a la atribución de estos actos de corrupción hacia el Estado. Unos señalan que no es atribuible al Estado, cuando estos funcionarios han cometido actos de corrupción por beneficio personal. En cambio, otros señalan que es atribuible al Estado incluso cuando estos funcionarios han actuado fuera del alcance del poder que el Estado les ha otorgado.

En el arbitraje Ciadi, que es la institución más importante que viene resolviendo o administra los casos de arbitraje de inversionista del Estado, ya son casi treinta años en el desarrollo de estos casos, y quería mencionar, por ejemplo, algunos casos importantes como SPP contra Egipto, en el que se desarrolla el tema de corrupción. Existen casos notables como World Duty Free contra Kenia, el caso Metal Tech, el caso Niko y quiero resaltar que existen pocos casos en los que se ha probado la corrupción, como ciertos casos en los que, por ejemplo, se ha ventilado los temas de corrupción durante el proceso arbitral. Esto ha sido en el caso World Duty Free, en el caso Metal Tech y en Azpetrol. Asimismo, hay que señalar que ha habido casos en los que se han ventilado los actos de corrupción en las cortes nacionales, pero que han tenido un impacto en el proceso arbitral, como ha sido el caso Siemens y el caso Niko.

Ahora, en muchos casos analizados en más de treinta años por los tribunales internacionales existe una tendencia, una cierta clasificación, por ejemplo, en dos partes, cuando el Estado ha presentado sus actos de corrupción como defensa y un segundo grupo cuando el inversionista ha presentado la corrupción como un reclamo de su demanda. Para ver cuál es la tendencia que los tribunales han tenido he escogido tres casos importantes para ver cómo ellos se han ido resolviendo.

En el caso World Duty Free, que es uno de los casos más conocidos en el ámbito de la corrupción, el Estado ha planteado la corrupción como defensa y el tribunal arbitral rechaza los argumentos del inversionista. En este caso, se trataba de contratos sobre mantenimiento y de operaciones de complejos en Nairobi y el aeropuerto de Mombasa en Kenia. World Duty Free, el inversionista, presentó evidencias de que, por ejemplo, se le había pagado al presidente de Kenia dos millones de dólares como una donación personal. Según los inversionistas, World Duty Free, era legal para hacer contratos de inversiones bajo la cultura keniana. Por su parte, Kenia alega que el pago que se había otorgado violaba las leyes de Kenia, las leyes inglesas de orden público. El tribunal, en ese caso, señaló que no se podía considerar los dos millones de dólares como una donación personal y que esos acuerdos que se habían dado eran anulables.

Casi todas las personas que han escrito sobre estos temas señalan que en el caso World Duty Free lo que es muy inquietante es que a pesar de que se probó los casos de corrupción y que había solicitado los sobornos, el presidente no había sido procesado. Y, sin embargo, al Estado de Kenia se le permitió presentar el tema de los actos de corrupción del funcionario, del presidente, para su defensa y encima ganó. ¿Por qué? Su argumento es que, por ejemplo, el pago al señor Alí fue recibido de manera corrupta por el presidente de Kenia; era un soborno encubierto; y, en consecuencia, su recepción no debía importarse legalmente a la propia Kenia. Entonces, claramente, el tribunal dice: «Un acto de un funcionario no puede ser atribuible al Estado».

En el caso Niko, donde también el Estado plantea la corrupción como defensa, el tribunal acepta los argumentos del inversionista. En este caso se trató de una disputa que se originó en dos contratos entre Niko y dos entidades estatales con un proyecto de gas en Bangladesh. Aquí, el ministro había sido sujeto a un proceso penal en Canadá, por el acto que se le había entregado, la compañía, Parent Company, una camioneta y dinero para un viaje en una conferencia a este ministro. Y Bangladesh, bueno, no argumentó que el acuerdo debía ser anulable. En este caso, el tribunal señaló que las autoridades canadienses no habían podido establecer ninguna influencia como resultado de los beneficios que se le entregó al ministro. Es decir, en este caso, el tribunal, si bien es cierto, acepta los argumentos del inversionista, no tiene la seguridad que haya una solicitud de parte del ministro sobre estos actos de corrupción.

En el último caso que quiero comentarles, el inversionista plantea argumentos de corrupción en la demanda, en el caso de EDF. Eran acuerdos de negocios en conjunto entre EDF y dos compañías estatales para rentar espacios que brinden servicios, operaciones libres de impuestos en los aeropuertos. Aquí, el Estado de Rumanía revocó estas licencias libres de impuestos, entonces EDF consideró que esta revocación de estas licencias era una respuesta negativa al pago que se le había solicitado de 2,5 millones de sobornos que se había solicitado por el primer ministro. En este caso, el tribunal

estuvo de acuerdo con EDF que de probarse los sobornos, este sí violaría algunos estándares internacionales, como el trato justo y equitativo. Sin embargo, en este caso, el tribunal no pudo encontrar evidencia clara y convincente de que el ministro haya solicitado tal soborno. Además, el tribunal señaló que para que el Estado sea responsable, el pedido de soborno no debía ser en beneficio personal, sino que a nombre o a cuenta del Gobierno de Rumanía.

Estos tres ejemplos nos dan ciertas luces de cómo los tribunales han ido clasificando los casos que han sido evaluados en temas de corrupción, y respondiendo la pregunta que me hice inicialmente, si los tribunales tratan de la misma forma la responsabilidad estatal o las responsabilidades de los inversionistas. Aquí podemos decir que, claramente, sí hay una diferenciación de los casos que he puesto como ejemplo y de muchos otros casos.

Si se basa en la identidad, es decir, en los inversionistas, casi siempre los inversionistas son responsables de los actos de corrupción de parte de sus empleados o agentes, y en el caso de los Estados podrían no ser responsables por actos de los funcionarios. Esto tiene ver con la naturaleza del acto de corrupción. Cuando el Estado receptor no es responsable internacionalmente, cuando existe una corrupción consumada —como lo hemos visto en el caso *World Duty Free*— y el Estado receptor sí va a ser responsable internacionalmente al comprobarse, por ejemplo, que uno de los funcionarios ha solicitado un soborno nuevo o ha extorsionado.

Para terminar, las consideraciones finales vendrían a ser que los tribunales internacionales, al sancionar a estos inversionistas por los actos de sus empleados o agentes, tiene un efecto disuasivo. Ellos han dicho que es una ayuda acabar con el flagelo la corrupción y, por otro lado, otros tribunales han señalado que la no responsabilidad del Estado, al no pagar de repente al inversionista es para proteger al público. La ley no protege, aquí en el caso *World Duty Free* claramente lo dice: «la ley no protege a las partes litigantes, sino al público», en este caso, la masa de contribuyentes y otros ciudadanos que conforman uno de los países más pobres del mundo.

También considero que esta diferenciación que existe entre el inversionista y los Estados es porque las normas internacionales, especialmente las de anticorrupción, no ayudan con el problema de la responsabilidad internacional del Estado por actos de los funcionarios públicos, por ejemplo, solo se impone responsabilidad individual a los funcionarios públicos y la convención de la OECD sanciona la oferta del pago de soborno, pero ignora la aceptación del soborno.

Como recomendación final, creo que hay dos puntos importantes: los Estados receptores deberían mostrar, al menos, enjuiciamiento de los funcionarios públicos para hacer valer los actos de los funcionarios como una defensa de parte del Estado.

Finalmente, para los inversionistas, como una reflexión, cada vez que quieran hacer una inversión dentro de un Estado deberían hacerlo con manos limpias.

Muchas gracias por su atención.

Hugo Sologuren Calmet: Muchas gracias, Yurika. Fascinante tema.

Gracias y un abrazo a todos.

PANEL III: DEFENSA Y EJERCICIO DEL ESTADO PERUANO

La defensa del Estado en materia arbitral en tiempos de la COVID-19

*David Ortíz Gaspar*¹

Control gubernamental en los tiempos de la COVID-19

*Fabrizio González Herrera*²

¹ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialización en derecho de la construcción, gestión de las contrataciones públicas, arbitraje internacional e inversiones, derecho administrativo y derechos fundamentales en importantes universidades como: Universidad Complutense de Madrid, Universidad Austral, Universidad de Alcalá, Universidad de Buenos Aires, Universidad del Pacífico, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de Lima, Universidad de San Martín de Porres y Pontificia Universidad Católica del Perú.

² Auditor gubernamental de la Contraloría General, con posgrado en la Universidad del Pacífico en Gestión de las Contrataciones del Sector Público. Es especialista en Auditoría de Obras Públicas por el Instituto CEP Severo Correa, Escuela Superior del Tribunal Cuentas de Brasil, y en Auditoría del Medioambiente en el Sector Público por la Universidad de Lódz, Polonia, así como en Data Analytics en la extensión de Harvard University.

David Ortiz Gaspar: Debemos señalar que la defensa del Estado está estipulada en la Constitución. Esto quiere decir que las competencias que tiene el procurador público para defender los intereses del Estado no viene de una ley o de una norma de rango infralegal, sino de la norma suprema de la Constitución Política.

Si revisamos el artículo 47 de la Constitución, este instrumento señala que la defensa de los intereses del Estado recae en los procuradores públicos conforme a ley, y también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el Expediente n.º 00006-2006-PI/TC, ha señalado que la defensa de los intereses del Estado recae en el procurador público.

Es muy importante delimitar las funciones porque en el ínterin hemos podido observar algunas desviaciones de funciones, por ejemplo, procuradores públicos defendiendo intereses particulares o los intereses de funcionarios de turno. Esas no son las funciones de procurador público, sino defender los intereses de Estado.

A nivel legal, las funciones, competencias, causales de cese, requisitos para la designación y otros los encontramos en el Decreto Legislativo n.º 1326, que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General de la República.

Quería señalar esto de manera general para luego analizar que el arbitraje no solo es una simple herramienta de solución de controversias, sino que tiene connotaciones muy importantes, y para esta exposición he tratado, por ejemplo, de relacionar el arbitraje y la economía.

Si revisamos la historia del Perú en los años noventa, podemos observar que existía una crisis económica grave. Se salía del primer gobierno del expresidente Alan García que nos dejó en una hiperinflación y, por lo tanto, necesitábamos hacer las reformas —básicamente, reformas económicas— para atraer inversión y de ese modo generar puestos de trabajo y reducir la pobreza. Es por eso que la Constitución del 1993, en el capítulo económico, en específico, en los artículos 62 y 63, establece justamente al arbitraje como una vía idónea para solucionar las controversias y de esta manera el Perú se inserta nuevamente a la economía internacional, generando garantías a la inversión privada, siendo una de esas garantías el arbitraje.

Esto ha tenido consecuencias prácticas en la realidad, por ejemplo, si analizamos el PBI del Perú en el año 1994, el PBI era cerca de 45 000 millones de dólares. En el año 2019, por ejemplo, es de cerca de 206 millones de dólares y también estas reformas económicas, entre ellas el establecimiento del arbitraje, han generado de una u otra manera reducción a la pobreza. Por ejemplo, en el año 1995, si nosotros revisamos las estadísticas del INEI, podemos observar que el 45 % de la población estaba en pobreza, y de ese 45 %, un 19 % estaba en extrema pobreza. Y ahora, si revisamos las estadísticas del 2019, podemos observar que en la actualidad solo existe y que es mucho, pero al menos en comparación a lo anterior es menos.

Existe hasta el 2019 cerca del 20,2 % de pobreza, nosotros nos preguntamos: ¿cuál es la relación del arbitraje con estas cifras que he señalado? Como he comentado, en el Perú de ese entonces existía la pobreza y extrema pobreza, pero no solamente eso, sino también existía el terrorismo que nos azotaba, pero además existía una corrupción generalizada en el Poder Judicial y esto hacía que inversionistas racionales, pensantes, tanto nacionales como extranjeros, no se decidían a invertir en el Perú. Y es por eso que el Estado peruano debía tomar decisiones, establecer garantías, pero esas garantías no solo establecerlo a nivel legal, infralegal, sino en la norma suprema que es la Constitución, y eso está en los dos artículos que acabo de mencionar.

Pero también se establecieron leyes, y una de esas leyes importantes es la Ley de Arbitraje, una ley modelo para los Estados latinoamericanos, muchas veces elogiada en todos estos eventos internacionales por árbitros peruanos y, sobre todo, por árbitros extranjeros.

Pero eso no era suficiente porque Perú, al ser parte de Latinoamérica, teniendo en cuenta que en Latinoamérica las democracias no son muy fuertes sino cambiantes, a veces reaccionan de acuerdo al gobernador de turno. Para traer grandes inversiones nacionales a Perú no era suficiente con la Constitución y la ley, por eso el Perú empezó a firmar tratados de libre comercio, por ejemplo, tratados con Estados Unidos, tratados con China y otras potencias.

Entonces, de esta manera, el arbitraje se convierte en un medio principal de solución de controversias, porque es una decisión de Estado mostrar a los inversionistas y atraer inversión, generar confianza y también la desconfianza misma del Poder Judicial ha ayudado a que el arbitraje se consolide, y con la dación de la ley de arbitraje, el Decreto Legislativo n.º 1071, el arbitraje se ha podido desarrollar de manera adecuada en el Perú.

Entonces, como podemos observar, con esas decisiones de gestión, esas decisiones de Gobierno, con la dación de la Ley de Arbitraje, la Ley de Contrataciones del Estado, el Estado empieza a entrar a este ámbito y es por eso que existen los arbitrajes con el Estado. Por ejemplo, esta clasificación la he podido sacar de la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Tenemos un grupo de arbitrajes derivados de la ley de contrataciones con el Estado, básicamente vinculados a obra pública, bienes y servicios, pero no son los únicos. También tenemos arbitrajes de expropiaciones, por ejemplo, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de Proviás Nacional, ejecuta obras de infraestructura vial, carreteras, la ejecución de estas obras, por lo general, van a afectar propiedad privada y una vía legal constitucional para acceder a esas propiedades es la expropiación. En muchas de estas ocasiones, el sujeto pasivo de la expropiación no está de acuerdo con la tasación del Estado, entonces lo que hace es entregar el terreno, llevar a arbitraje esta controversia, y en este arbitraje lo que se va a discutir es, básicamente, el valor de la tasación.

Tenemos también arbitrajes de concesiones y esto es muy importante también estudiarlo porque, por ejemplo, en el Ministerio de Transportes tenemos importantes arbitrajes de concesiones de infraestructura vial. Como ustedes saben, las principales carreteras del Perú, y hay los puertos que están concesionados a través de normas especiales y cualquier controversia que se suscita en la ejecución de estos contratos también se resuelve en el arbitraje y acá también interviene el Estado.

Tenemos los arbitrajes derivados de negociaciones colectivas o arbitrajes laborales. También tenemos arbitrajes de proyectos especiales, como los he denominado, por ejemplo, el Ministerio de Transportes. Tenemos el arbitraje de los Juegos Panamericanos, ahora llamado Legado Juegos Panamericanos. También tenemos arbitrajes especiales derivados de la Ley de Reconstrucción con Cambios y otros derivados de los contratos civiles.

Podemos señalar que el arbitraje es una vía de solución de controversias y desde el año 1998 con la dación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, prácticamente, el Perú entra a la vanguardia porque es el primer Estado donde recurren como regla al arbitraje para solucionar estas controversias.

Por lo general, es si revisamos el derecho comparado, por ejemplo, Colombia también establece el arbitraje para solucionar controversias, pero como excepción, no como regla. Con esta norma moderna con esta Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, como señalé, el Perú adopta una visión eficiente de solución de controversias.

Esto ha permitido también una suerte de descentralización del arbitraje, como lo denominan algunos estudiosos peruanos, porque si revisamos la historia arbitral del Perú, antes del año 1998, existía también arbitrajes, pero estos arbitrajes eran administrados en la capital por las principales instituciones arbitrales y en las provincias en las regiones como, por ejemplo, Cusco, Trujillo, Arequipa

o Cajamarca no se arbitraba. Por eso que con esta Ley de Contrataciones se centraliza el arbitraje y en la actualidad se puede hablar de arbitraje y discutir y debatir que, por ejemplo, en Trujillo, en Cusco, en Arequipa por qué está desarrollado el arbitraje

Pero también somos conscientes de que el arbitraje ha enfrentado problemas muchas veces generados por mitos. Por ejemplo, al arbitraje con el Estado se le ha empezado a tildar como un sistema pro contratista, o que el Estado siempre pierde y esto ha sido utilizado como alimento o como caldo de cultivo para algunos congresistas para presentar proyectos de ley y pretender eliminar el arbitraje para solucionar controversias, y esto sería grave, totalmente grave porque, como señalé —y es por eso que quería relacionar el arbitraje con la economía—, sería grave porque si eliminamos el arbitraje con el Estado, estaríamos eliminando una garantía, estaríamos eliminando la seguridad jurídica.

Por ejemplo, en la actualidad, en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en Proviás Nacional, en específico, si bien es cierto estas importantes obras se licitan en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, los principales ejecutores y obras, los principales contratistas no son peruanos, están, por ejemplo, inversionistas argentinos, colombianos, chilenos, ahora último están entrando los inversionistas paraguayos, también chinos y están trayendo su experiencia, porque en otros países, en otras potencias, estos inversionistas han ejecutado grandes obras de infraestructura vial, ingeniería adecuada, moderna, que cuando traen esto al Perú salimos beneficiados porque vamos a tener obras modernas.

Pero, si de repente, de estas propuestas de estos congresistas populistas se toman en cuenta y se aprueban, prácticamente, eliminamos esta seguridad jurídica, estas garantías y yo creo que ningún inversionista razonable, racional, sobre todo, traiga sus inversiones. Y lo que me preocupa bastante, incluso, y ya estando *ad portas* de las elecciones presidenciales, hay algunos candidatos a la presidencia que tienen bastante opción para ganar que en su plan de gobierno está el eliminar el arbitraje con el Estado. Es más, en sus propuestas de gobierno está eliminar la contratación pública y todo hacerlo a través de convenios de Gobierno a Gobierno. Incluso, señalan que cualquier controversia no la va a ver un árbitro y no la va a ver el Poder Judicial, sino lo va a ver, de repente, un juez en Londres e Inglaterra. Yo creo que esas propuestas son no racionales, no están adaptadas a la realidad peruana; lamentablemente, ese es el panorama.

Voy a centrarme en estos arbitrajes con el Estado. La ley de contrataciones con el Estado, la vigente Ley n.º 30225, en el artículo 45 establece los mecanismos de solución de controversias y entre ellos se establecen la junta de resolución de disputas, la conciliación. Estos dos mecanismos han sido muy bien desarrollados en este evento, por ejemplo, el día de ayer han estado grandes ponentes, grandes árbitros analizando esto. Por lo tanto, no voy a mencionar nada al respecto y me voy a centrar en el arbitraje, pero no en el arbitraje general, sino en el arbitraje con el Estado.

Entonces, podemos observar que la llegada de la COVID-19 al Perú ha dividido en un antes y un después, un antes que he denominado la defensa del Estado basada en la cultura del papel, en las audiencias presenciales, y un después en el arbitraje virtual. Y, conscientemente, tengo que decir que no ha sido difícil tanto adecuarse al arbitraje virtual, sino lo más complicado ha sido cambiar ese chip que se tenía en la defensa del Estado de la cultura del papel: «el papelito manda», de las notificaciones físicas, pero creo que el ser humano, como ha señalado Charles Darwin, tiene la capacidad de adaptarse a los nuevos cambios, a las nuevas circunstancias, y creo que esa capacidad innata que está en el gen de cada ser humano ha permitido que, en la actualidad, nos podamos adaptar a este nuevo arbitraje virtual. Y esto lo voy a señalar más adelante.

Entonces, cuando llegó la COVID-19 al Perú, el Gobierno, de manera legítima en ese entonces, decidió tomar algunas políticas sanitarias y, además, declaró el estado de emergencia de la noche de mañana. Estábamos trabajando o, de repente, estábamos revisando para una audiencia de alguna que tocaba y nos mandan un correo electrónico y nos dicen que está prohibido el ingreso al ministerio.

Entonces, ante estas circunstancias, los procuradores públicos en las áreas de arbitraje de las procuradurías públicas no se quedaron con los brazos cruzados, sino, por ejemplo, en el caso de la procuraduría del MTC lo que hicimos nosotros fue dividimos todo estos arbitrajes que tenemos, y en ese entonces teníamos cerca de 800 arbitrajes en trámite que dividimos en tres grupos. En el primer grupo colocamos los procesos arbitrales en etapa de constitución del tribunal. En este grupo, por ejemplo, están la petición de arbitraje, están, de repente, las absoluciones a la petición de arbitraje, a la designación del presidente y otros. En un segundo grupo colocamos los procesos arbitrales con plazo para laudar o pendientes de un pronunciamiento o de alguna solicitud poslaudo. Y en un tercer grupo colocamos los procesos arbitrales con actuación sustancial, lo he denominado «actuación sustancial pendiente». En este grupo están los procesos arbitrales que estaban pendientes de contestación de demanda, de absolución, de repente de una pericia o de repente pendiente de fijación de una fecha para una audiencia de debate pericial o una audiencia de inspección ocular, entre otros.

Solamente para contextualizar, si teníamos, más o menos, cerca de 800 arbitrajes en ese entonces, como señalé, y para tener una visión más amplia, por ejemplo, la tipología de esas controversias, aunque esas controversias son similares a las de hoy, teníamos, por ejemplo, ampliaciones de plazo y el reconocimiento de mayores gastos generales, aunque con la llegada de la covid se ha generado un nuevo reclamo. Por ejemplo, en la Procuraduría del MTC lo hemos denominado «ampliación de plazo covid», y esto se ha generado en arbitrajes. Sobre este tipo de ampliación de plazo, por ejemplo, en la procuraduría del MTC a hoy tenemos cerca de sesenta arbitrajes importantes.

Si nos preguntamos cuál es el común denominador de estas controversias, podemos responder que estas controversias son técnicas, que son disrupciones, por ejemplo, son temas técnicos porque se tienen que ver pericias económicas, de repente. Ampliaciones de plazo son controversias técnicas porque tenemos que analizar la ruta crítica, si se cumplen los presupuestos para otorgar una ampliación de plazo, ahí tenemos que analizar un calendario de obra, o sea, el común denominador de las controversias que señalé, de esa tipología que señalé, que, en ese entonces, cuando llegó la covid, teníamos en el MTC, cerca de 90 u 80 % eran controversias técnicas, y para realizar una adecuada defensa de los intereses del Estado, necesariamente, teníamos que contar con el brazo colaborador de las áreas usuarias, es decir, de los administradores de contratos que, por lo general, son ingenieros civiles, arquitectos, economistas, contadores.

En el sector público, y también en sector privado, se estableció el trabajo remoto como una medida para reducir los contagios de la COVID-19, motivo por el cual en el Estado no se empezó a trabajar con el 100 % del equipo técnico. Por ejemplo, en el Ministerio de Transportes de cien personas solamente iban diez, por ejemplo. Esto ha generado que no tengamos el personal mínimo para ejercer una adecuada defensa a los intereses porque las áreas usuarias tenían que realizar labores importantes como, por ejemplo, emitir pronunciamientos sobre los pedidos de ampliaciones de plazos.

No hay que olvidar que la suspensión de estas obras por la COVID-19 ha generado una serie de ampliaciones de plazos, por ejemplo, solicitudes de adicionales de obras, de repente renegociaciones de los contratos porque las condiciones ya no eran las mismas, elaboración de protocolos sanitarios. O sea, las áreas usuarias, con personal mínimo, tenían que hacer todo esto, pero además tenían que realizar los informes técnicos que la Procuraduría Pública solicitaba. Por esta justificada razón, lo que hicimos en la Procuraduría Pública, y creo que eso ha sido replicado en todas las procuradurías públicas del Estado, en la actualidad, según las estadísticas de la Procuraduría General del Estado, existen cerca de 414 procuradores públicas que solicitaron la suspensión de las actuaciones arbitrales hasta implementar una serie de cambios. En ese tiempo que nos otorgaron los tribunales arbitrales, algunas instituciones arbitrales, de oficio, sacaron algunas directivas y suspendieron quince, treinta días, cuarenta días y fueron aprovechados por las procuradurías públicas porque, durante ese tiempo no es que los defensores del Estado, los procuradores, los equipos de arbitraje de las procuradurías públicas se quedaron con los brazos cruzados, sino que implementaron una serie de herramientas para adaptarnos al arbitraje virtual.

Y es en este grupo 3 donde estaba pendiente de actuación sustancial, se solicitó la suspensión de las actuaciones arbitrales y en los grupos 1 y 2, como señalé, continuaron normal porque estaba pendiente absolver una petición de arbitraje, y ahí no necesariamente voy a requerir un informe técnico del área usuaria, así que no hay problema; está, de repente, en etapa de designación del presidente a cargo de la institución arbitral, ahí no había ningún problema. Esos arbitrajes del grupo 1 y grupo 2 procedieron con normalidad. Lo más complicado fue, como señalé hace un momento, cambiar ese chip que se tenía de la defensa pública, la cual estaba sustentada en la cultura del papel y pasar a la virtualización de la defensa del Estado.

Personalmente, tengo que decirlo, fue difícil, pero no imposible, y yo creo que con orgullo puedo decir que, por ejemplo, en la Procuraduría Pública del MTC a hoy, 25 de marzo del presente año, el 100 % de los procesos arbitrales, se llevan con total normalidad y de manera virtual, pero para lograr esta continuidad hemos realizado una serie de cambios, y entre ellos solamente quiero señalar de manera general los siguientes. Por ejemplo, el número uno hemos implementado el expediente virtual. Esto era muy importante porque, como son controversias técnicas, para que el tribunal arbitral pueda emitir una decisión, conforme ha hecho, conforme a derecho se vale de pericias, de informes técnicos, de declaraciones, etc., esto hace que el expediente arbitral sea voluminoso. Por ejemplo, en la Procuraduría del MTC tenemos experiencias de 40 tomos de fólderes de palanca, ya se imaginan. Entonces, para presentar un escrito de alegatos finales o de conclusiones finales que viene a ser, prácticamente, el resumen de todo lo que ha sucedido en el proceso arbitral, lo que se hacía hasta antes de la llegada de la covid era ir a la Procuraduría y sacar algunos tomos principales, llevar al escritorio, revisar y con base en eso trabajar un escrito, pero eso ya es historia porque hemos implementado el expediente virtual. Fue complicado, porque no solamente bastaba una decisión, de repente, del procurador o del equipo de arbitraje de la Procuraduría, sino necesariamente se necesitaba en este caso también una decisión política, porque se necesitaba presupuesto. Nosotros hicimos un proyecto, lo sustentamos ante la alta dirección del Ministerio de Transportes y el Ministerio de Transportes aceptó nuestra propuesta, contrató a una persona jurídica encargada de estos trabajos y fueron a trabajar de lunes a domingo, doce o diez horas al día y empezaron a escanear todos los expedientes y ahora, por ejemplo, tenemos el expediente virtual. Y, si queremos, de repente, ir al tomo 2, al tomo 1, simplemente, hacemos un clic y ya tenemos esa información. Eso no lo teníamos antes.

Dos, por ejemplo, el despacho y el proveído virtual. Antes, el despacho se hacía, en este caso, el procurador, quien habla, de manera física, o sea, llegaba la notificación, la llevaban a la oficina y tenía que revisar uno por uno, colocar las anotaciones con el lapicero, etc., y lo pasaban al abogado. Ahora, el despacho es virtual porque todas las notificaciones son virtuales por correo electrónico y el despacho lo hago con un correo electrónico y eso llega de manera inmediata al abogado, y el abogado ya ejecuta las acciones correspondientes.

Tenemos la mesa de partes virtual, y con esto, por ejemplo, se rompe el rito de la notificación física, porque siempre las procuradurías públicas solicitábamos que las notificaciones sean físicas, pero lo hacíamos porque, de repente, en ese entonces no teníamos el soporte tecnológico suficiente, porque habíamos tenido experiencias que nos habían notificado correos electrónicos, demandas con anexos voluminosos y no habían podido ser recibidas por la bandeja del correo institucional, y tuvimos problemas para contestar una demanda dentro de plazo. Para curarnos en salud, las procuradurías públicas, de manera general, siempre solicitaban la notificación física, por ejemplo, eso también en la procuraduría del MTC y tengo entendido, en todas las del Perú, ya es historia porque existe la mesa de partes virtual.

La firma digital. Por ejemplo, antes tenían que imprimir quince, veinte páginas de anexos y el procurador tenía que visar página por página y al final colocar la firma; ahora, esto también es historia porque ya existe la firma digital. Hemos ampliado la capacidad de los correos electrónicos, como señalé, porque al ser controversias técnicas, para sustentar una controversia, una petición, una pretensión se avala de informes técnicos y algunos son voluminosos.

Otro problema era que, por ejemplo, todo el trabajo de los abogados de la procuraduría lo tenían y sus computadoras en el MTC. Hemos adquirido un *software* a través del cual hacemos conexión remota. Entonces, desde mi celular, estando en cualquier parte del Perú o estando en mi domicilio, coloco una contraseña y accedo a mi computadora del MTC, eso también nos ha ayudado bastante para hacer una adecuada defensa a los intereses [del Estado].

Antes de acudir a una audiencia, antes de la covid teníamos dos o tres reuniones con las áreas usuarias donde entrenábamos lo que íbamos a sustentar: de repente a los testigos que estábamos ofreciendo, etc., etc. Pero ahora teníamos esta preocupación de cómo vamos a coordinar. Entonces empezamos a hacer coordinaciones vía Zoom con los ingenieros, con los peritos, con los economistas y la verdad, personalmente, yo creo que son muy eficaces, porque tienen la misma eficacia al momento de la audiencia.

Actualmente, estamos implementando una sala de audiencias virtuales porque, personalmente, soy consciente de que el arbitraje virtual ha llegado y ya no se va a ir. Al menos, en la Procuraduría Pública del MTC, la propuesta nuestra va a ser que el arbitraje virtual se mantenga, y es por eso que estamos implementando una sala de audiencias con los equipos técnicos necesarios en el cuarto piso de la Procuraduría, y ya cuando tengamos nuestras vacunas, ya cuando hayamos podido combatir a esta covid, hacer trabajo presencial, y ya no, de repente, desde el centro de Lima, donde está ubicada la Procuraduría, tener que ir hasta el Centro, hasta San Isidro, hasta La Molina, hasta Chacarilla porque perdíamos tiempo, sino, simplemente, subimos tres pisos y ahí van a ser las audiencias de informes orales, la audiencia de debate de felicidad y otros, entre otras acciones.

Para finalizar, uno, podemos señalar que, a la fecha, la defensa del Estado en materia arbitral se ha virtualizado al 100 %. Dos, actualmente, todas las procuradurías públicas bajo las directivas de la Procuraduría General del Estado tenemos un principal reto, el mismo que era antes de la covid, lograr una eficaz y eficiente defensa de los intereses del Estado, pero ahora ya en el marco del arbitraje virtual. Es por eso que la Procuraduría General del Estado, muy preocupada de esta nueva realidad ya está implementando una serie de acciones. Por ejemplo, está implementando el expediente virtual único, que es muy importante porque hay muchas procuradurías de gobiernos locales, gobiernos regionales que no tienen la experiencia o la casuística de las procuradurías que están en Lima. A veces nos llaman o escriben para que les mandemos jurisprudencia, doctrina, teniendo este expediente único virtual desde Puno, desde Huancavelica y Ayacucho podrán acceder y descargar los laudos, los modelos de nuestra contestación de demanda, etc. Y tres, la implementación del arbitraje virtual va a generar una serie de ahorros muy importantes de los recursos públicos porque con esto vamos a evitar el gasto de transporte, porque cuando íbamos a una audiencia a Jesús María, donde está la Cámara de Comercio de Lima, o San Isidro, donde está el Centro de Arbitraje de la Católica, en hora punta nos demorábamos entre dos a tres horas y gastábamos tres horas de combustible y gasolina, pago de chofer y lo más importante: pérdida de hora hombre. ¿Por qué? Si era dos horas para ir al centro de arbitraje y las audiencias arbitrales son muy técnicas, por lo general demoran entre dos y tres horas, son cinco horas y regresar al ministerio, son seis horas que se perdían. ¿Y cuántas horas se trabaja? Ocho horas. O sea, en dos horas tenías que hacer toda la carga que tenías en el día y mientras tanto ya te han llegado notificaciones porque en el día llegan las notificaciones

Quiero concluir con esto: «no hay mal que por bien no venga». Si bien es cierto, lamentablemente, muchos amigos y familiares ya no están presente con nosotros, al menos en el arbitraje con el Estado la covid ha generado un efecto positivo porque nos ha permitido trasladarnos al arbitraje virtual, estábamos en ese camino, pero de repente era un camino a largo plazo, de acá a unos cinco, diez o quince años. Pero la llegada de la covid, al menos en este ámbito, ha logrado pasar del arbitraje de la cultura del papel al arbitraje virtual en un año, y es por eso que el 100 % de los arbitrajes en el MTC y en todas las procuradurías del Estado se llevan con normalidad, y eso es muy importante.

Muchas gracias.

Karina Zambrano Blanco: Les debo comentar a los participantes que el Ministerio de Transportes es el que tiene la mayor cantidad de arbitrajes en el Perú.

Tengo algunas preguntas. Usted ha manifestado que se ha develado esa crítica que el Estado pierde los procesos arbitrales y que esto no es cierto. ¿Tiene un porcentaje para podernos demostrar que no es cierto? Es decir, ¿cuántos gana el MTC?; ¿cuántos pierde?

David Ortiz Gaspar: Efectivamente, tenemos estadísticas. Estas estadísticas, por ejemplo, hasta el mes pasado, desde el año 2017 a la fecha, nos habían notificado, aproximadamente, 312 o 311 laudos arbitrales. De esos 311 laudos arbitrales, el Estado; en este caso el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, ha ganado en un 75 % de casos.

Creo que, con esto, prácticamente, desaparece el mito de que el Estado siempre pierde, porque lo que dijo la Contraloría en ese entonces era que el Estado pierde en un 70 %, pero con las estadísticas del MTC, y que soy consciente que también esas estadísticas son en otras procuradurías, actualmente, el Estado gana entre un 70 % y un 75 % de casos. Y en algunos casos donde, de repente, en laudos desfavorables, donde no como una cuestión de apelación —porque eso sí es contra la naturaleza del arbitraje—, sino cuando se ha visto que, de repente, el árbitro se ha excedido en sus competencias y no ha cumplido el encargo que nosotros le hemos otorgado hemos recurrido a la anulación del laudo arbitral, no como una suerte de apelación, sino solo para buscar el control judicial correspondiente. Por ejemplo, desde el 2018 a la fecha la Procuraduría Pública del MTC ha anulado 39 laudos arbitrales y esto es un número considerable. Soy consciente de que a muchos árbitros no les gusta esto, pero creo que da mayor legitimidad al arbitraje porque está permitiendo que los laudos irregulares sean sacados del mercado.

Con estas estadísticas creo que podemos demostrar que el Estado no siempre pierde, gana y gana bien. Por ejemplo, a nivel económico, cuantificado también desde el 2017 al 2021, hemos logrado evitar que el Estado desembolse más de 1800 millones de soles con una adecuada defensa de los intereses del Estado, importante suma de dinero que podrá ser ahora destinada a obras sociales y en otras necesidades básicas.

Karina Zambrano Blanco: En ese 25 %, ¿realmente el Estado ha perdido o era un incumplimiento de pago o una obligación?

David Ortiz Gaspar: Soy consciente de que hay algunas controversias que llegan prácticamente —voy a utilizar un término coloquial— muertas a la procuraduría. Varias veces he tenido algunos roces, incluso verbales, con las áreas usuarias porque nos trasladan, prácticamente, muertos a la procuraduría y el procurador no tiene esa capacidad de Jesucristo para revivir a Lázaro. No vamos a revivir este caso, prácticamente, lo que hacemos es darle cristiana sepultura. En esos supuestos, por ejemplo, ya no hay nada para hacer. Por ejemplo, la ley de contrataciones es clara en que tienes quince días para pronunciarte sobre una ampliación de plazo, y si no te pronuncias dentro de ese plazo, es silencio positivo.

Lo que hacen algunas entidades es que el día 16 emiten una resolución directoral y declaran improcedente la ampliación de plazo y este contratista, evidentemente, lleva a arbitraje, llega a la procuraduría y ahí, prácticamente, no puedo hacer nada. Lo que hacemos ahí, por ejemplo, es ver el tema de la cuantificación de los mayores gastos generales.

Karina Zambrano Blanco: Y ¿qué hacen? Respecto a la ponencia anterior sobre el arbitraje Ciadi de inversionista con el Estado, en el cual muchos de los errores del Estado se dan por funcionarios públicos, ¿qué hace la procuraduría con estos funcionarios coludidos con ciertos contratistas y que contestan el día 16? Es decir, ¿hay alguna retroalimentación como entidad frente a esto? ¿Los retiran, los sancionan o no hacen nada?

David Ortiz Gaspar: Evidentemente, como te comenté, nosotros somos defensores de los intereses del Estado y no de los funcionarios de turno. Ante esas situaciones, lo que se hace es esperar que se notifique el laudo y cuando el laudo declara la responsabilidad del MTC y ordena el pago, inmediatamente este laudo se comunica a los órganos de control correspondiente para que hagan los informes necesarios y con esos informes puedes iniciar las acciones correspondientes civiles, administrativas, incluso penales.

Efectivamente, no queda ahí, sino es que se busca al responsable de ese hecho que ha generado que el Estado desembolse una cantidad de dinero. Lo que hacemos en el MTC es aplicar una suerte de gestión de las controversias, es decir, evitamos que estas controversias terminen en un arbitraje. Tenemos una suerte de lecciones aprendidas. Como podrás comprender, por ejemplo, en la actualidad tenemos una base de datos de más de cinco mil laudos arbitrales. Hay casuística y lecciones aprendidas. Entonces, lo que hacemos es, tenemos reuniones periódicas con las áreas usuarias o, en todo caso, a veces las áreas usuarias van a tomar una decisión importante como la formulación de una adenda y otras. Entonces, de manera informal, nos consultan y nos dicen: «Señor procurador, en este caso, ¿cómo podemos hacer para que no se genere controversias?». Decimos «por si acaso, ya hemos tenido centros de arbitrajes donde el MTC ha perdido por colocar esta fórmula. Entonces, modificalo». Hacemos una suerte de lecciones aprendidas, gestionamos estas controversias y evitamos que lleguen a arbitraje.

Por ejemplo, el Decreto de Urgencia n.º 20-2020, criticado por la comunidad arbitral, tiene algo interesante, la segunda disposición final del decreto de urgencia señala que la elaboración del convenio arbitral será redactada en coordinación con la procuraduría del sector. Y esto es muy importante porque antes llegaban cláusulas patológicas a la Procuraduría Pública. Hace un mes tuvimos un convenio arbitral que señalaba: el arbitraje será SNA y será administrado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Si es SNA, te está diciendo que es OSCE, pero coloca que es Pontificia Universidad Católica del Perú. Entonces, hemos demorado como quince, veinte días en tomar una decisión al respecto, ya canalizamos este arbitraje en la actualidad, pero para evitar esos problemas, actualmente, cuando el área usuaria va a elaborar los convenios arbitrales lo coordina con la procuraduría.

Y con nuestra experiencia recomendamos algunos modelos de convenios arbitrales. Esto es muy importante porque, incluso, en la teoría se conoce a los convenios arbitrales como la cláusula de medianoche porque a veces el contratista y la entidad se preocupan de ver el monto del contrato, el plazo del contrato y al último, ya cuando han agotado toda esta negociación, *copy-paste* de un convenio arbitral, y la verdad que este convenio arbitral va a generar mucha controversia. De esta manera, evitamos que existan convenios arbitrales patológicos.

Karina Zambrano Blanco: Esta cláusula arbitral prevé una cláusula escalonada en la cual, en caso de primero arribarse a una controversia primero irá a una conciliación y de no arribar a un acuerdo irá a un arbitraje.

David Ortiz Gaspar: En los contratos, por ejemplo, de Provias Nacional, se establecen cláusulas escalonadas —no escalonadas en estricto, porque escalonadas, de acuerdo a la teoría del arbitraje, primero tú tienes que agotar necesariamente el primer escalón para pasar al segundo escalón—. En el caso del Estado, en el marco de la Ley de Contrataciones, se establecen diversas vías paralelas de solución de controversias. Por ejemplo, señala que hasta antes de la actual, Ley de Contrataciones del Estado versus resolución de disputas, bastantes de estas normas señalaban que cualquier controversia será resuelta o podrán acudir a conciliación y/o a arbitraje.

Aquí, por lo general, el contratista recurrirá al arbitraje para solucionar estas controversias porque creo que la conciliación, lamentablemente, no ha servido para solucionar este tipo de controversias técnicas. He tratado de buscar una respuesta a esto, he ido al acta de debates, algunos comentarios sobre la Ley de Conciliación y en ese entonces, cuando se pensó en la Ley de Conciliación estaba destinada para reducir la carga del Poder Judicial de temas comunes como, por ejemplo, temas de

familia, de alimentos y otros. Ahí, evidentemente, ha funcionado muy bien, porque sentar a dos personas y discutir sobre temas de alimentos o sobre temas de tenencia, de otros, es relativamente sencillo, pero ahora sentar a un contratista y sentar a un Estado donde los temas de discusión son sobre interrupciones o pérdidas de productividad, donde necesariamente se tienen que analizar pericias técnicas económicas de contables y otros es complicado, porque los conciliadores no están preparados para, al menos en este caso, proponer fórmulas conciliatorias.

En algunas oportunidades hemos ido a conciliación y no hemos llegado a ningún acuerdo. Todo el tiempo que estoy como procurador público —aproximadamente, dos años—, solamente he conciliado tres veces, pero en temas de bienes y servicios, no en obra pública.

Karina Zambrano Blanco: Es muy poco índice de conciliación. ¿Cómo eligen? Nos ha comentado que ahora que juntamente con la Contraloría van a elaborar la cláusula o el convenio arbitral. ¿Cuál es la cláusula actualmente que tienen? ¿Es motivo de una elección, de un conversatorio?

David Ortiz Gaspar: Nosotros somos conscientes y en esto hemos proyectado mucha doctrina comparada, y lo que concluyen los teóricos de arbitraje es que mientras más sencilla sea la cláusula es mejor, más aún cuando los arbitrajes son institucionales y, prácticamente, se va a aplicar de manera supletoria lo que está en los reglamentos correspondientes.

Somos de la idea, y esto lo plasmábamos en estas reuniones que tenemos con las áreas usuarias, que: (1) debe ser institucional, al menos, en estos montos o al menos en estos arbitrajes de contratación pública. En un principio se vio conveniente colocar alguna especialidad con respecto a los árbitros, pero, lamentablemente, esto no ha surtido efecto porque el mercado es muy reducido y a veces no existen los especialistas. Por ejemplo, el MTC ejecuta obras de infraestructura vial, entonces lo ideal sería que algunos de los árbitros sean ingenieros civiles especializados en obras de infraestructura vial para que pueda ilustrar técnicamente a los demás miembros del tribunal arbitral. Se hizo un experimento en un convenio pequeño y hubo un problema ahí que no había ingenieros especializados en estos temas, y si lo había, eran ingenieros que trabajaban como constructores, como peritos, como ingenieros de planta de las empresas contratistas y que no querían arbitrar.

Entonces, tenemos la política de mientras más simple, más sencillo, es mejor.

Karina Zambrano Blanco: En cuanto al tema de la anulación, nos ha comentado que hay anulación cuando advierten algún tema en la emisión del laudo. Como entidad, ¿qué porcentaje normalmente va en anulación?

David Ortiz Gaspar: Esto es, más o menos, cincuenta-cincuenta, porque yo he firmado muchos informes donde recomendaba a las áreas usuarias no ir a anulación, por ejemplo, porque, evidentemente, el laudo está bien motivado, el laudo está conforme a derecho y, además, nosotros consideramos que la anulación distorsiona la figura del arbitraje, porque las partes para dar solución rápida a una controversia. Ir a un proceso de anulación es demorar un año o dos años hasta que se resuelva. Bajo esos criterios de costo-beneficio hacemos los informes correspondientes y, en muchas ocasiones, quien habla ha suscrito informes recomendando la no anulación.

Pero sí hay laudos que deben ir a anulación, estimada Karina, y la verdad que esto es muy importante porque, por ejemplo, hace algunos meses un profesor de argumentación jurídica, un árbitro connotado que da estos eventos, fue árbitro único y emitió un laudo. Este laudo decía: si se interpreta de manera A, es fundada la demanda; y si se interpreta de manera B, es infundada la demanda. Nos sorprendió bastante, porque el que emitió este laudo era una persona connotada, profesor de administración jurídica, etc.

Por ejemplo, ahora hay una controversia en trámite que necesariamente se va a ir a anulación del laudo arbitral, porque hay un proceso arbitral al que están llevando al MTC y no ha habido suscripción del convenio arbitral, porque es un contrato de obra pública que, en realidad, nunca se firmó.

Antes de la firma del contrato, en la etapa de impugnaciones, se le quitó la buena pro a un contratista porque no había cumplido con presentar los documentos para la suscripción del contrato. La Ley de Contrataciones del Estado te dice que antes de la firma del contrato, las controversias se resuelven vía administrativa a través de un recurso de apelación, y si es de más de 50 UIT, te vas al tribunal de contrataciones con el Estado. Si no estás de acuerdo con la decisión del OSCE, te vas al contencioso-administrativo, y desde la firma del contrato incluso hasta la liquidación, te vas el arbitraje. En este caso no hay contrato y, por lo tanto, la vía idónea no es el arbitraje. Pero este contratista se ha ido al Poder Judicial, al juez comercial, y ha pedido una medida cautelar que está ordenando que el MTC firme el contrato con esta empresa hasta que un tribunal arbitral resuelva esta controversia.

Al momento de oponerme, Dije: «Juez, un momento. Primero, excepción de incompetencia porque no eres competente, eres un juez comercial y serías competente para conocer esta medida cautelar fuera del proceso, pero se estilaría que sea el arbitraje. Acá no hay arbitraje, no hay contrato. Acá, la vía idónea es la apelación y, en todo caso, si es que esta empresa quiere recurrir a una medida cautelar, que se vaya al contencioso-administrativo. No me hizo caso. Y, además, el tema de fondo: no se compra por el controvertido tema de la medida cautelar, etc. En el camino llegó la petición de arbitraje del contratista, a través de una institución arbitral importante, y en esta petición de arbitraje, las proyecciones son que el tribunal arbitral ordene al Ministerio de Transportes que suscriba el contrato. Ya al momento de absolver la petición de arbitraje me he opuesto al inicio del arbitraje porque no hay convenio arbitral y, además, desde el comienzo he dicho que voy a ir anulación del laudo arbitral.

En este caso, en este laudo, necesariamente voy a ir a una anulación del laudo arbitral y no es que sea enemigo del arbitraje porque trato de cuestionar los laudos. Los laudos que tienen que ir al control judicial. Y, es más, el profesor Bernardo Cremades, en una entrevista realizada por la revista *Forseli*, de estudiantes de la Universidad Pacífico, hace un mes aproximadamente, el entrevistador le hace la consulta: «¿Usted está de acuerdo con el control judicial de los laudos arbitrales?». Y él responde, de manera literal: «Yo soy defensor a ultranza del control judicial de los laudos».

Lo dice Bernardo Cremades, que estaba de acuerdo con el control judicial. Entonces, yo creo que ante estas circunstancias evidentes de la flagrante vulneración al debido proceso, al ordenamiento jurídico es importante ir al control judicial.

Karina Zambrano Blanco: ¿Usted considera que los arbitrajes de contratos con el Estado son transparentes? Si no es así, ¿qué les faltaría para ser transparentes?

David Ortiz Gaspar: Tengo una idea personal ahí. Considero que el arbitraje, de manera general, es un mecanismo de solución de controversias privadas.

Si revisas todos los tratados de arbitraje, señalan en la parte introductoria que es una vía idónea para la solución de controversias de los hombres de negocios. Por lo tanto, en estas discusiones de los hombres negocios hay temas privados como, por ejemplo, fórmulas de alimentos de la Coca-Cola, imagínate o, de repente, secretos que realmente podrían perjudicar a una empresa, porque, de repente, se está viendo algún incumplimiento contractual que le podría generar mala imagen. Se dice: «Oye, para qué se va a ventilar esto. Esto va a generar mala imagen. Voy a perder mis clientes y me voy a ir a la bancarrota». Bajo esa lógica, evidentemente, yo soy consciente de que debe ser privado. No nos debe interesar, pero cuando interviene el Estado, creo que las reglas cambian, ya no tenemos que ver al arbitraje o a ese artículo 51 de la Ley de Arbitraje que te dice que las actuaciones arbitrales del laudo son públicas una vez que culminan los procesos arbitrales. Tenemos que ver como norte al arbitraje de inversión. Creo que hacemos mal nosotros y vemos como modelo a seguir el arbitraje comercial, porque tiene otra naturaleza. Como les dije, es una vía para la solución de privados, de hombres de negocios.

Creo que el arbitraje con el Estado tiene que ver como norte al arbitraje de inversión, ya tanto a nivel Ciadi, incluso, hasta en pronunciamientos CCI, se ha señalado que no solamente el laudo debe

ser transparente, sino, incluso, las actuaciones arbitrales. Es por eso que ingresas a la página web del Ciadi y puedes ver una audiencia virtual en vivo, y eso es importante porque el mejor desinfectante es la luz y el control que puede hacer la población de cómo se está llevando la defensa de los intereses del Estado, de cómo los árbitros están administrando esta controversia, de cómo los contratistas están sustentando sus pretensiones, y sujetos a un control. Yo creo que eso va a ayudar a que se pueda llevar el arbitraje de manera adecuada.

Personalmente, soy muy respetuoso de los árbitros, pero creo que están infringiendo un principio ético fundamental, porque cuando uno designa un árbitro bajo la teoría contractualista, la entidad o el contratista suscribe un contrato personalísimo con un árbitro y dice: «te voy a designar como árbitro en una controversia», y allí, según el doctor Alfredo Bullard, se firma un contrato tácito, la teoría contractualista, pero por tus condiciones personalísimas, porque sé que eres intachable moralmente porque eres especialista en temas de infraestructura, eres éticamente correcto, tienes experiencia, etc.; pero en la actualidad hay árbitros que tienen cien arbitrajes en trámite —algunos han declarado que tienen cuatrocientos arbitrajes en trámite—, y estos árbitros, por ejemplo, no llevan todos los arbitrajes, sino atrás de ellos tienen un equipo de abogados, es como un estudio de abogados que se encarga de elaborar sus laudos, de hacer los resúmenes correspondientes. He visto en algunas audiencias árbitros connotados que se equivocan de expedientes en la audiencia o, simplemente, no preguntan nada, porque no conocen. Si esto se somete al control y es transparente, los árbitros van a tener más cuidado en aceptar el número de casos y en prepararse para ir a una audiencia, porque ahora sí están controlados, la sociedad va a estar controlando la actuación y no solamente a los árbitros, sino también al procurador, porque también hay procuradores y procuradores, y también abogados de los contratistas.

Para concluir, creo que el Decreto de Urgencia n.º 20-2020, al menos en este aspecto, es importante porque, prácticamente, está recogiendo la experiencia del arbitraje Ciadi, y la trae a la realidad peruana y dice, modificando el artículo 51 de la Ley de Arbitraje: a partir de ahora, no solamente el laudo es público una vez que concluya el arbitraje, sino también son públicas las actuaciones arbitrales, y esto es muy importante porque, por ejemplo, el ponente que va a seguir está en este sistema de control y no solamente necesita el laudo para hacer un correcto control, sino también las actuaciones arbitrales, la demanda, la contestación y otros. En este aspecto, el Decreto de Urgencia n.º 20-2020, ha visto como norte el arbitraje de inversión y esto, de manera silenciosa, le está diciendo al legislador peruano: «crea una ley especial para arbitraje en contratación pública», porque el principio de transparencia es totalmente diferente en el arbitraje en contratación pública y en el arbitraje comercial.

En la práctica, el principio de transparencia no existe más porque a diario —no miento y el ponente que sigue lo va a ratificar— la Contraloría y el OSCE me pide informes, copia de la demanda, copia de la contestación a la demanda, del informe pericial. El Congreso, por ejemplo, sus comisiones especiales, van a acusar constitucionalmente al expresidente por el caso Obrainsa y en la procuraduría tengo ene arbitrajes con esta empresa, y el Congreso pide información de arbitrajes en trámite. Entonces, como procurador no solamente soy parte en un proceso arbitral en el marco de la ley, sino también soy funcionario y como funcionario tengo obligaciones de rendir cuentas, entonces, también se le otorga esta información.

En la realidad, el principio de confidencialidad en el arbitraje en contratación pública no existe. Creo que ahí sería bueno sincerarse y el ponente que sigue va a dar ideas más claras al respecto.

Karina Zambrano Blanco: Muchas gracias por explayarse en la información.

Fabrizio González Herrera: Sin lugar a dudas, una ponencia muy interesante la de David, sobre todo porque en estos tiempos es muy importante que existan funcionarios comprometidos con su trabajo y con el Estado. No hay procuradores con esa garra, con ese coraje, con esa decisión de sacar adelante lo mejor para el Estado es algo que realmente contagia. Felicito a David porque, sin lugar a dudas, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones puede ser uno de los estamentos públicos más demandados en estos temas de contrataciones públicas.

He visto algunos resultados que se han dado en arbitrajes con el MTC en otros tiempos y había muchas equivocaciones, inclusive en la redacción de algunos árbitros. Creo que la labor que hace David hace también que quienes están del otro lado de ustedes, los árbitros, tengan un cuidado mayor cuando tienen procuradores con tanta decisión.

Vamos a hablar sobre «Control gubernamental en los tiempos de la COVID-19». Le puse este nombre un poquito novelesco porque, en realidad, son tiempos novelescos los que vivimos también, que nunca antes se nos hubiesen ocurrido, pero estos tiempos han sido fruto de una seguidilla de situaciones.

Terminando el año 2019, en año nuevo, la Comisión Municipal de Salud de Wuhan le notifica a la OMS sobre varios casos de neumonía con un origen desconocido, con un agente SARS-CoV-2. Posteriormente, algo más de dos meses después, la OMS declara una pandemia a nivel global. Y aquí en el Perú, el mismo 11 de marzo se declara la emergencia sanitaria a nivel nacional y cuatro días después, el estado de emergencia nacional, y dispone el aislamiento social obligatorio. Eso nos llevó a nuestra casa por los primeros quince días, y luego fueron quince y veinte y treinta, y así estuvimos todo el año pasado y parte de este año en cuarentena. Algunas medidas fueron un desorden y un desastre, otras estuvieron bien acertadas. Hoy escuchaba algo respecto de cómo estaban tratándose los temas de pandemia en Suecia, Suiza, etc., donde la gente salía y era todo distinto, pero nuestra realidad es distinta. Acá se necesitaba poner un freno, un pare, si no podría pasar lo que está pasando en Brasil, que está incontrolable. Tenemos realidades sanitarias distintas en nuestros países y eso es algo que hay que tomar en cuenta, definitivamente.

¿Qué ocurría en nuestro país antes de la pandemia? ¿Qué teníamos en el Perú? Primero, sistemas de control interno precarios. Antes del 2018 un 30 % de entidades públicas tenían sistemas de control implementados. Entre 2019 y 2020 ya llegaron casi al 75 % de implementación, pero no ha implantado dentro de la cultura institucional, de tal forma que puedan hacer frente de forma adecuada a esta nueva pandemia y todas las actuaciones que tenían que hacer.

Los sistemas de control internos de las entidades son importantísimos, están a cargo de las propias entidades, no tiene nada que ver la Contraloría y el Sistema Nacional de Control. El sistema de control interno es algo que cada entidad debe desarrollar para que no ocurran los riesgos que son propios e inherentes de cada accionar público. Luego, tenemos una insuficiente calidad, deficiencia, etc., relacionada con la gestión pública y con los funcionarios públicos. Vemos regímenes distintos, sueldos diferentes entre regímenes laborales y contrataciones, además que las entidades públicas no invierten en la capacitación y competencia de sus servidores. Los servidores no ganan lo suficiente para hacer una adecuada formación tampoco y, entonces, eso redundaría en que tengamos un nivel no adecuado, como el que quisiéramos, en los empleados públicos, aunque hay valiosísimos y de muy buena formación. Solamente hay un incremento en las denuncias y rechazo a lo público por los actos contra la integridad cometidos por profesionales y servidores públicos. También teníamos un marco regulatorio insuficiente.

Un informe del OSCE señala que había —esto es, antes de la pandemia— cinco problemas que afectaban la aplicación del marco normativo: uno, excesiva modificación. Si uno no está revisando constantemente, no sabemos qué modificación va o qué contrato va con qué norma; luego, las normas no son lo suficientemente detalladas. Muchas veces eso reprueba sus interpretaciones y, hasta donde me acuerdo, en la última norma que revisé las opiniones del OSCE no podían ser tomadas en cuenta de forma final por todos. Ahora han cambiado esas cosas; las normas no se adecúan, además, a las realidades de todas las entidades públicas. Si uno ve los organismos, las entidades públicas de nivel subnacional, las municipalidades distritales y algunas provinciales, muchas de las normas de contrataciones públicas no son necesariamente bien aplicables —por decir, por buscar un castellano— a estas municipalidades; el Registro Nacional de Proveedores nos da una insuficiente información, debería ser más detallado. No habla, por ejemplo, del tema de la experiencia, solamente es un registro y muchas veces se registran ahí varias actividades respecto a las cuales se inducía muchas veces; finalmente, otro aspecto que el OSCE también verificó es que se va mucho al tema del cumplimiento de las

formalidades por la finalidad de la compra. Y eso, aunque no crean, afecta también el trabajo de la Contraloría, que nos comenzamos a ver en temas de formalidad y al final tenemos que ver si la compra cumple o no con el objeto del FIPUCP.

Ahora, el tamaño de la corrupción en el Perú ha sido gigantesco. En un informe que hizo el Contralor General de la República antes de la pandemia, en el 2019, se pudo verificar que el 15 % de la ejecución presupuestal del año 2019 se perdía con un perjuicio económico producido por la corrupción o inconducta funcional, es decir, de los 156 000 millones, 23 000 millones en perjuicio económico por corrupción. Ese monto hubiese logrado cubrir el 85 % de la brecha en infraestructura pública de salud que necesita nuestro país. La brecha de infraestructura pública, de acuerdo al Plan Nacional de Infraestructura de Competitividad, está entre los 27 500 millones de soles.

Imagínense, 23 000 millones en perjuicio por corrupción, hubiesen podido cubrir este 85 %. O sea, la corrupción realmente golpea y golpea fuerte.

Ahora, durante la pandemia también se han presentado unos problemas importantísimos. Hemos visto, por ejemplo, la flexibilización en los procedimientos de contratación, volatilidad en los precios, en la disponibilidad de las ofertas. Si bien es cierto cuando estamos en pandemia la contratación directa por el estado de emergencia brinda algunas facilidades, también presenta riesgos relacionados con una deficiente indagación de mercado, una evaluación de las cotizaciones y también que las propuestas o las personas que están involucradas en estas ventas no necesariamente tengan los requisitos para ello. Me acuerdo del caso, en el Ministerio del Interior, de una empresa que vendía llantas, le terminó vendiendo comida al Ministerio del Interior, raciones para el personal que no cumplían, obviamente, con los términos de referencia y que estaban muchísimo más caras que las que se ofertaban en el mercado.

Hay una limitada capacidad de vigilancia ciudadana, ahora ya no tanto, al principio, porque al haber cuarentena, limitaciones para que salgan, el distanciamiento social, la ciudadanía no tenía la suficiente capacidad para vigilar lo que hacían sus autoridades. Finalmente, es un tema también importante hablar sobre los censos conductuales y reducido tiempo para tomar decisiones. Era una tendencia de tomar mayor valor a la recompensa que puedes tener un tiempo cortito en comparación de tiempos futuros. Hemos visto a principios de esta semana cómo funcionarios públicos y servidores en Loreto se vacunaron no correspondiéndoles la vacuna, ellos decidieron por su salud sin importar los resultados o la recompensa de ese acto corrupto, o sea, su percepción está totalmente tergiversada.

La Contraloría, en todo este proceso de control, desarrolló cuatro objetivos principales: el primero era contribuir al fortalecimiento de la capacidad de respuesta de los servicios de salud. Verificamos hospitales, que se compren todas las herramientas necesarias para la atención de los pacientes con covid, medicamentos, respiradores oxígeno, etc.; luego, otro objetivo principal era apoyar en la mitigación de los efectos de las medidas de aislamiento social, la compra de las canastas, la compra de alimento para el pueblo, las entregas de bonos, etc.; un tercer objetivo principal estaba relacionado con ayudar a la implementación de las medidas de contención de la emergencia sanitaria. Aquí se visitaron comisarías, etc.; finalmente, el cuarto objetivo era contribuir a la implementación de las medidas de reactivación económica. En este caso, había que apoyar el restablecimiento de la cadena de pagos en el país.

Quería comentar algo respecto de lo que dijo David, cómo ha cambiado el panorama de los que trabajamos en el sector público y, realmente, ha habido un salto cualitativo y cuantitativo en cuanto al manejo de tecnologías e información. La Contraloría durante años estaba atendiendo a estos cambios y hoy se han dado. Por ejemplo, hoy hacemos un trabajo mixto, parte remoto y parte presencial, claro que siempre las actuaciones de verificación tenemos que hacerlas de forma presencial, pero la mayoría del trabajo se hace en forma remota y eso ayuda también para, primero, proteger la salud de los auditores —ya tenemos algunos auditores que, desgraciadamente, el covid los ha vencido y varios enfermos—. Los auditores estamos en la cancha desde el 13 de abril del año pasado, luchando contra los actos de corrupción.

Este cambio que ha habido con la nueva implementación de nuevas formas de comunicación, además del análisis de grandes bases de datos que permite coleccionar información valiosa, ha sido realmente importante. Es una de las cosas buenas que, de alguna forma, va a dejar esta situación que vivimos.

Dentro de las labores que hemos desarrollado, hay algunos casos emblemáticos que quiero dar a conocer. Por ejemplo, en este caso de Reactiva Perú, cuando se hizo una labor de control en Cofide, verificamos que 186 beneficiarios que no tenían actividad empresarial en la actualidad, no tenían RUC o estaban suspendidos temporalmente fueron beneficiados con Reactiva Perú. Adicionalmente, en Cofide también se verificaron algunos temas relacionados con faltas de control interno: faltaban documentos originales, no había relación y conexión entre bancos y las empresas que iban a dar estos créditos y esa falta de información podía permitir la aprobación de montos que no correspondían con el nivel de los posibles beneficiarios.

Otro caso emblemático está relacionado con la Autoridad de Transporte Urbano. La ATU, en esta pandemia, tuvo dos: una compra y adquirió un servicio. El servicio era para que empresas puedan limpiar los buses antes y después de brindar el transporte, era un equipo que tenía que subir y hacer la limpieza del bus. En este caso, se contrataba empresas sin ninguna experiencia para esta labor, tan es así que, inclusive, creo que hasta una ferretería ganó uno de estos concursos y es uno de los temas que luego la Contraloría estaba observando, y repetidamente, la falta de experiencia de empresas dedicadas a ciertos rubros. Veíamos, inclusive, que había trabajadores con su traje de seguridad roto, sin guantes, las mascarillas varios días sin cambiarse.

Y otro tema que vio la ATU fue las señaléticas en los paraderos. Desgraciadamente, se vio que gran parte de estas señaléticas que tenían que estar pegadas en los paraderos, al 70 % de empresas se las entregaba la ATU. Y la ATU, finalmente, entregó una reducida cantidad de esas señaléticas. Al poco tiempo, las señaléticas se despegaron y no cumplieron con la finalidad para la cual fueron contratadas.

Otro caso emblemático y que todos han visto es la compra de las *tablets*. Acá el presupuesto era de 930 millones, el canon, los 1000 millones de soles, pero para ese canon un poco más de un millón de *tablets*, 203 mil cargadores solares, 565 mil planes de datos, o sea, números importantes. ¿Qué vimos aquí? Que la empresa que ganó no iba a cumplir con el contrato y, finalmente, ese contrato se dejó sin efecto.

Vemos, por ejemplo, hace una semana en Puno que acaban de recibir las *laptops*, pero no están cargadas con el contenido que corresponde. Los planes de datos, tampoco, que en los contratos de planes de datos no te aseguraban la cantidad mínima de datos que te iban a dar por vez. Así, comenzamos a ver varios incumplimientos relacionados con este caso que realmente ha preocupado y preocupa, porque hay muchos sectores de la población estudiantil y escolar peruana, que aún no tienen estas *tablets* y que aun teniendo las *tablets* no las pueden usar porque faltan cargadores o falta un plan de datos adecuado o en su localidad no llega el plan de datos. Realidades distintas que hay que también tomar en cuenta.

También podemos verificar que hubo algunos trabajadores del Banco de la Nación que cobraron bonos destinados a la población vulnerable. Cuarentaidós trabajadores del Banco de la Nación cobraron estos bonos. Veintitrés de estos fueron clasificados como no pobres; sin embargo, cobraron el bono, y diez trabajadores que estaban considerados como pobres o pobres extremos, a pesar de ser trabajadores. Ahí había un tema de datos que no estaban bien manejados por parte del Midec.

Otro tema que llamaba bastante la atención es el oxígeno. Muchos hospitales a nivel nacional tienen plantas de oxígeno, pero tienen años pidiendo presupuesto, obteniendo presupuesto para que esas plantas se arreglen, mejoren, se modernicen y nunca lo hicieron. Y ahora, ya la realidad nos ha explotado en la cara con esta falta de oxígeno realmente importantísima en nuestro país. En Trujillo, el jefe del departamento de medicina le informó al director del hospital que dada la gran cantidad de

uso que se le estaba dando a la planta oxígeno en algún momento iba a dejar de funcionar adecuadamente. Y a pesar de las reiteradas veces que este jefe se lo indicó hasta por escrito y de forma verbal, el director del hospital no hizo nada, finalmente, ocurrió eso, la planta dejó de funcionar. La planta hoy funciona con menos del 50 % debido a un problema técnico del compresor.

Una de las cosas que estamos viendo hoy, antes de las lecciones aprendidas, es el tema de las vacunas, dónde se ponen, a quién se ponen y vemos que vacunas se pierden, se aplican a funcionarios que no corresponden, y a pesar de que la Contraloría Pública está llevando a cabo un servicio de verificación de estas vacunas, al lado de los de los funcionarios públicos, buscan sacarle la vuelta al control y lo hacen. Eso es ya una cosa inexplicable. Es parte de esta conducta, de estos sesgos de comportamiento de los cuales hablaba al principio. Hay cosas que están muy relacionadas con las propias personas que, desgraciadamente, impactan en la colectividad.

Otro tema que se ha visto importante es esta diferencia en los datos de las víctimas de la covid. Lo que hemos podido ver como causa esta diferencia entre el SINADEF, el Minsa, el CDF y todas las organizaciones es porque no están interrelacionadas adecuadamente. O sea, no es porque se quieran ocultar los números como se dice, es porque no los tienen al día, no están adecuadamente llevados a cabo de forma profesional y técnica, analizados esos datos. Eso es importante porque, de acuerdo a la cantidad de personas infectadas, víctimas, etc., también el Estado puede tomar medidas adecuadas y oportunas. Si no tienes los datos, tus medidas nunca van a ser las adecuadas y oportunas de acuerdo a las necesidades.

Para terminar, seis lecciones aprendidas del control gubernamental en los tiempos de la covid.

Primero, todos hemos sido testigos que el Estado ha hecho uso de toda su capacidad operativa, presupuestal y nos hemos hasta endeudado para paliar las más urgentes necesidades. Sin embargo, todo esto que les he comentado que antecede a la pandemia ha hecho imposible que este Estado realmente cumpla con satisfacer todas esas necesidades. Entidades sin un adecuado control interno, entidades que venían ya con temas de personal no capacitado, etc. A pesar de la gran inversión y la gran capacidad operativa desplegada no ha sido posible que se cumpla con la finalidad de esos recursos. He visto casos en los que se ha dado hasta dos millones de soles, por ejemplo, para mercados itinerantes y, finalmente, cuando los he ido a visitar son seis mercados itinerantes llenos de carpas, llenos de alcohol y máscaras y todo lo demás, pero sin vendedores y sin compradores. ¿Dónde está toda la gente? En la calle, con los vendedores ambulantes. Así ha estado la cosa.

Otra lección aprendida, y es algo que realmente preocupa, es que el Estado peruano siempre ha actuado bajo un enfoque reactivo, porque uno puede ver cuánta plata le da al Indeci con relación a lo que le podría dar al Cenepred, por ejemplo, para que haya una adecuada gestión de riesgos. Compran más carpas de lo que arreglamos puentes; compran más ollas para cuando ocurre un terremoto, un sismo, etc., de la rapidez con la que podemos canalizar un río. Algo que tiene que cambiar es ese enfoque reactivo de nuestra gestión pública. Tiene que haber una gestión adecuada de riesgos. Para eso se tiene que sistematizar todo este aprendizaje, con tantas veces que El Niño nos ha visitado. Esta pandemia es para que haya un nuevo enfoque preventivo para una gestión de riesgos.

Otro tema importante es que se estableció una prohibición dentro de la Ley de Contrataciones para que empresas que no tienen experiencia mínima entren a prestar servicios o a vender bienes, los cuales no están en la capacidad de hacer. Ello, desgraciadamente, se ha podido ver ahora en la pandemia, donde empresas, librerías, por ejemplo, vendiendo máscaras KN95, y cuando se hizo la verificación, todas las máscaras, el 80 % de las máscaras contaminadas con covid, y eso le vendieron a las entidades públicas. Cosas que realmente tienen que ver mucho con la experiencia de las empresas.

Con las *tablets* se verificó que el haber comprado a un intermediario fue el peor error que pudo haber. Se debería, en estos casos, eliminar a los intermediarios para cautelar la eficiencia de los bienes o servicios contratados y disminuir, además, costos que pueden generarse al no comprar a los fabricantes o distribuidores.

Finalmente, en esta pandemia hemos visto que el control concurrente es una excelente herramienta para advertir riesgos y situaciones adversas. El control concurrente, que es aquel que acompaña al funcionario público durante la ejecución del servicio o la prestación o de la difusión de la contratación, ha sido realmente importante.

No sé si se puede hacer, a lo mejor, un estudio y acá terminando este año, si es que este control concurrente ha tenido impacto en la parte de los arbitrajes. Al haber un control concurrente, se ha bajado la cantidad de arbitrajes respecto de determinados temas. Controles concurrentes en obras hacen que se rectifiquen inmediatamente los problemas que hay en las obras y eso podría terminar bajando también ese número de arbitrajes.

Con eso termino esta breve exposición.

Karina Zambrano Blanco: Gracias. Cuéntame, hablando de las vacunas, de los funcionarios que son quienes nos tienen que proteger. Más bien, ellos se protegieron. ¿Qué hizo la Contraloría en ese tema?

Fabrizio González Herrera: Ahí se está haciendo una investigación. Como entenderás, estas vacunas tienen un origen privado, o sea, no son públicas no tienen ninguna inversión pública. Sin embargo, sí hay instituciones públicas comprometidas en ese proceso de la vacuna, institutos de salud que tienen que dar la autorización, etc. Por ese lado hay un tema privado, pero por el tema público están aquellos funcionarios que se vacunaron y que tenían capacidad de decisión respecto de la compra de las vacunas.

Ahí se está haciendo una investigación, un servicio de control, para verificar si hay una responsabilidad de tipo penal, administrativa o civil de estos funcionarios que estuvieron involucrados en las compras de la vacuna, pero que fueron beneficiados con eso. Actualmente, hay un caso en Iquitos donde un grupo de funcionarios se vacunaron. Decían que eran 61, pero la información de un gobernador regional dice que son solo 10. Eso está en investigación. Un grupo salió a vacunar a personas, adultos mayores y cuando regresaba de vacunar, fueron interceptados por funcionarios del gobierno regional y se vacunaron sin corresponderles. Ya la Contraloría se ha comunicado al Ministerio Público y se está haciendo en este momento también el servicio de control correspondiente para identificar las responsabilidades que corresponden.

Karina Zambrano Blanco: ¿Tienes un número de funcionarios sancionados por temas de corrupción? ¿Tienes algún número de árbitros que haya incurrido en temas de corrupción?

Fabrizio González Herrera: Ahorita no tengo la información, pero hace un rato yo te escuché decir que no tenías conocimientos de funcionarios que hayan sido sancionados. Eso no es necesariamente así. La Contraloría, hasta el año 2019, tenía una potestad sancionadora que fue declarada inconstitucional y que ya le venimos pidiendo a los dos Congresos que dicten la norma para, nuevamente, volver a tener este marco regulatorio. No lo hace, por obvias razones, pero cuando estaba vigente se sancionó gran cantidad de funcionarios públicos y realmente fueron ejemplificadoras porque eran sanciones iban de seis meses a cinco años de inhabilitación para contratar con el Estado. Ese tipo de sanciones realmente hicieron que muchos funcionarios lo piensen dos veces para cometer actos contrarios a sus funciones.

Desgraciadamente, el hecho de que hoy no haya una norma vigente para que la Contraloría tenga esta potestad sancionadora hace que la mayoría de sanciones sean llevadas a las propias entidades públicas con su sistema técnico de sanciones administrativas y pocas veces tienen ahí sanciones ejemplares, vemos más suspensiones de tres días por temas que tranquilamente podrían tener connotación penal.

Lo que es cierto es que en el tema penal y en el tema civil, respecto a los informes de control, no se tiene el éxito que quisiéramos, todavía. [...] Se han mejorado muchísimos aspectos de calidad

de esos informes que, además, son públicos, cualquier persona puede acceder a ellos, pero todavía hay esa parte que falta lograr.

Karina Zambrano Blanco: Es contradictorio. Hace dos años se sentía a la Contraloría como una cacería de brujas y ahora, después de dos años, que vuelva el control sancionador. Como que hay un tira y jala, pero que, de alguna manera, advierte lo que tú dijiste.

Fabrizio González Herrera: Pero no era cacería de brujas, tampoco.

Karina Zambrano Blanco: Que no hay interrelación entre las entidades. No tenemos base de datos, o que no tenemos supervisión, no sabemos quién hace, o a quién le corresponden las cosas, o todos hacen lo mismo o nadie hace nada. Es decir, ¿cómo el arbitraje puede contribuir, en tu opinión, a una mejor gestión de las entidades?

Fabrizio González Herrera: Creo que el arbitraje ya contribuye. Algo de lo que decía David es cierto: un árbitro, por muy bueno que sea, con 500 arbitrajes o 400 arbitrajes a su cargo, no vamos a tener la eficiencia y la eficacia y la oportunidad que quisiéramos, así sea el superárbitro del planeta. No hay forma.

Una de las cosas que creo que debe buscar el arbitraje, en general, para que su contribución y su generación de valor a nivel de la gestión pública sea el óptimo, es la oportunidad. Eso es básico. Si bien la calidad de los arbitrajes pueden ser buena, buenísima, etc., pero si no son oportunos, ese costo de oportunidad es importantísimo.

Hace muchos años vi una obra de un pueblito, quisieron construir un reservorio. La obra en plena ejecución. El pueblo este, para empezar, luchó seis años para que le den el presupuesto para el reservorio. Cuando le dan el presupuesto contratan a una empresa que comete varios errores, también la misma entidad durante la ejecución, y se van a un arbitraje que duró otros años. Ahí ves que, finalmente, el fin último, que es el pueblo, no llega a su satisfacción oportuna. Eso es algo que llama la atención, que no puede haber oportunidad, nos demoremos años haciendo algo. Entiendo que los laudos tienen que ser racionalizados, pensados y adecuadamente llevados, pero pocas cosas pueden explicar que se demoren tantos años. No soy árbitro ni un experto en esos temas, pero igual me parece que es un tiempo bastante alto.

Karina Zambrano Blanco: Tu opinión y contribución ha sido muy importante para nosotros como una reflexión.

David, Gonzalo García-Calderón ha propuesto lo siguiente: que los laudos se puedan revisar, pero que lo hagan los propios centros de arbitraje. Y en cuanto a las medidas cautelares, que ya no exista interposición ante el Poder Judicial, sino directamente a los tribunales, y que podamos solicitar retractación del Poder Judicial. En cuanto a los arbitrajes, está demostrado que, por ejemplo, cuando la designación de árbitros se solicitaba supletoriamente a los jueces, demoraba años; sin embargo, ahora que se encarga a las cámaras es más expeditivo. ¿Qué opinas al respecto? ¿Ustedes creen que se debe reducir la intervención del Poder Judicial a cero en los procesos arbitrales?

David Ortiz Gaspar: Cuando estaba sustentando mi presentación, señalaba como una de mis propuestas ver como norte el arbitraje de inversiones porque tienen ciertas particularidades que se semejan. Por ejemplo, en ambos tipos de arbitrajes interviene el Estado, y en ambos tipos de arbitraje hay un interés social. Y, por lo general, repercute en ambos con el presupuesto público. En consecuencia, la propuesta que señalaba el arbitraje de inversión como modelo a seguir y si es posible, crear una nueva Ley de Arbitraje para la solución de controversias con el Estado, pero aplicando la lógica, la experiencia del arbitraje de la inversión.

Con esto respondo la pregunta del profesor y árbitro connotado Gonzalo García-Calderón, a quien tengo mucho aprecio. Sus laudos, al momento de revisar, son como tratados, nos enseñan muchas cosas, no solamente resuelven la controversia, sino también tienen un efecto didáctico, si se podría decir.

El Convenio Ciadi, por ejemplo, ya ha dado respuesta a esto. En el artículo 52 señala la figura de la anulación del laudo arbitral, y esto ¿quién lo conoce? No lo conoce el Poder Judicial de los Estados parte o, de repente, del inversionista, sino lo conoce la misma institución arbitral. En este caso, lo conoce el Ciadi. El artículo 52 dice que cualquiera de las partes puede pedir la anulación del laudo arbitral y el presidente administrativo de este consejo va a designar de la lista de árbitros —en esta lista son todos *top*, son todos A1— a tres árbitros y se va a conformar una comisión *ad hoc*. Y esta comisión *ad hoc*, bajo causales específicas que son cinco y que son similares al artículo 63 de la Ley de Arbitraje peruana, va a emitir una decisión, si declara nulo el laudo o no. Y si es que declara nulo el laudo, incluso el Convenio Ciadi en este artículo 52 señala que será un nuevo tribunal arbitral que va a conocer esta controversia.

Creo que en esta propuesta que quería de crear una nueva Ley de Arbitraje para las controversias con el Estado se puedan cambiar las reglas de juego para la anulación, y ya no colocar, de repente, la anulación al Poder Judicial, porque sabemos —no es por hablar mal del Poder Judicial— la carga es inmensa en el Poder Judicial y, además, la falta de especialización.

En los arbitrajes de obra pública, como señalé en mi exposición, hay un común denominador: son controversias técnicas que requieren árbitros especializados que conozcan estos temas en concreto. Es por eso, por ejemplo, en el caso que yo propuse, donde un juez del Poder Judicial declaró una medida cautelar y me ordena suscribir un contrato con una empresa que no ha firmado un contrato con el ministerio. Creo que un árbitro que conozca la Ley de Contrataciones del Estado, que conozca lo que dice el Reglamento de la Ley de Contratación del Estado, en la vida hubiera emitido esta medida cautelar.

Creo que también se pueden colocar nuevas reglas de medidas cautelares en esta nueva Ley de Arbitraje del Estado y, básicamente, establecer dos reglas. Que el tema de anulación no se ha visto por el Poder Judicial, sino por el por la institución arbitral que administra el proceso arbitral y tomar, de repente, las mismas reglas del Ciadi; y con respecto al tema de la medida cautelar, yo creo que esa es la tendencia. Por ejemplo, en el MTC, de estos 800 arbitrajes, de todas las medidas cautelares que hemos tenido, el 80 % o 90 % las dictó un árbitro de emergencia. Ya con eso las discusiones, incluso, son más ricas, más especializadas, porque un árbitro conoce y sus decisiones son más más técnicas.

Creo que esa es la tendencia y, como bien has dicho, en un primer momento, por ejemplo, el Código Civil establecía que el Poder Judicial va a designar un árbitro y con el tiempo se quitó esa competencia y se le dio a las instituciones arbitrales. En un momento va a haber bastante crítica y cargamontón, pero creo que con el pasar de los años se va a aceptar. Y es por eso, por ejemplo, que en la actualidad los jueces no designan árbitros. En un momento también se criticó bastante esta figura novedosa del árbitro de emergencia que nosotros copiamos del CCI, y que la Católica, la Cámara de Comercio lo contemplaron. Escuché en algunos eventos, incluso, que algunos jueces criticaban esto porque les estaban quitando sus competencias naturales que la Constitución otorgaba y todo esto, pero en la actualidad ya lo aceptaron.

Creo que si también proponemos la modificatoria en esta Ley de Arbitraje con el Estado y estipulamos que la anulación de los laudos arbitrales no va a ir al Poder Judicial, sino va a ser la misma institución arbitral la que va a conformar un comité *ad hoc*, y este va a emitir una decisión motivada, razonada, bajo causales específicas y, por ejemplo, podemos tomar como modelo al Ciadi también en esas causales y solucionar el tema, y hay bastante justificación porque las obras públicas, por ejemplo, satisfacen necesidades sociales que el pueblo está esperando años: una carretera, una posta médica, un colegio y, de repente, muchas veces está enredado en un arbitraje cinco, cuatro años, y luego ir a una anulación del laudo arbitral, a una ejecución de laudo arbitral en el Poder Judicial. Lamentablemente,

esto genera perjuicios. Creo que nos ahorramos bastante con esta propuesta y estoy de acuerdo con la propuesta revolucionaria —si se podría decir— del doctor Gonzalo García-Calderón, en un primer momento va a haber críticas y todo esto, como siempre, pero yo creo que con el cambio, con el pasar los años, vamos a terminar aceptando.

Karina Zambrano Blanco: Gracias, David. Si conversamos abiertamente de estos temas, podemos encontrar puntos comunes y eso es muy importante.

Fabricio, desde hace muchos años he sido jefa de logística y he entendido que cuando las entidades tienen muchos arbitrajes es porque no hay capacidad de gestión y negociación. ¿Por qué tienen tantos arbitrajes las entidades?

Fabricio González Herrera: Depende de las entidades, no todas. El MTC tiene bastantes porque hacen bastantes obras. Más se dan temas de obras que en compra de bienes y servicios, pero lo que he visto son dos temas importantes: uno, que muchas veces está relacionado con funcionarios que no cumplen su labor dentro de los plazos establecidos, por ejemplo, ampliaciones de plazo, que es lo que normalmente se va a arbitraje. Otras veces hay entidades que tienen fama de perder estos arbitrajes, entonces ante cualquier situación, controversia, inmediatamente se van a los arbitrajes. He estado en alguna entidad donde el 80 % de arbitrajes los perdían no por culpa del procurador necesariamente, sino porque no tenía esta base y sostén técnico adecuado para darle un soporte a la presentación de sus alegatos en el arbitraje. Entonces, le faltaba un buen ingeniero o un buen grupo de ingenieros, un área usuaria que lo ayude o lo acompañe y ahí es donde comenzaban los problemas.

Pero otro problema que he visto en un tiempo, recuerdan ustedes cuando entraban muchas empresas españolas a trabajar en el Perú, parte del proceso corruptivo que había en ese momento era llevar a arbitraje la obra. O sea, creo que ellos mismos hacían los expedientes técnicos, todo lo demás y comenzaban a encontrar deficiencias en el expediente técnico, tomaban su adelanto de obra, arbitraje y se fueron a España. Ahí, por ejemplo, yo trabajo en una entidad pública, estoy como jefe del OCI de una entidad pública que no tiene arbitrajes. Es rarísimo. Solo tiene arbitrajes de tipo laboral y todos los ha perdido, pero no tiene arbitrajes de contrataciones. Y la verdad el otro día me llamó muchísimo la atención porque yo quería ver algún caso para traerlo acá, pero no había ni uno.

Y así hay algunas entidades, sobre todo, en este tema subnacional, que no tienen ninguno y otras que tienen muchísimo, y hay algunos procuradores que tienen personal que les permite llevar adecuadamente, y otros donde están el procurador y un abogado más, y aparte de sus procesos judiciales tienen sus temas habituales. Desgraciadamente, eso no ayuda.

Karina Zambrano Blanco: David, ¿qué opinas al respecto?

¿Por qué el Ministerio de Transportes tiene tantos arbitrajes? ¿Quizás han pensado en cláusulas escalonadas? ¿En los MARCS? Primero, empezar con una negociación en el área usuaria, buscar una solución. Quizá, al no encontrar, nos vamos a una mediación, y en la necesidad de tener una propuesta nos vamos a una conciliación y, por excepción vamos a arbitraje, porque realmente es necesaria la existencia de un árbitro, de un tercero imparcial con debido conocimiento que tome una decisión. ¿Por qué tenemos la tendencia de llevar todo a arbitraje cuando existen otros mecanismos alternativos que pueden contribuir a la resolución inmediatamente, si son temas de pagos, si son temas de incumplimiento? Hay cosas muy chiquitas que no necesariamente pueden ir al arbitraje, porque el arbitraje es un mecanismo excelente, pero cuando estamos hablando de obras grandes, cuando realmente es necesaria la intervención del árbitro; pero, por ejemplo, para casos de veinte mil, treinta mil soles no va un proceso arbitral.

Cuéntame qué opinas al respecto.

David Ortiz Gaspar: En el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, creo que es el principal ministerio ejecutor de obras y creo que más del 50 % del presupuesto del MTC, y los arbitrajes que tenemos, las controversias mínimo, la más baja que he podido ver en controversias en obra pública, son cuarenta millones. Hay arbitrajes de mil millones, quinientos millones de controversia. O sea, son arbitrajes interesantes.

Los arbitrajes que tú señalas de veinte mil, treinta mil, en la procuraduría esos no los conocemos, por ejemplo. Esas controversias, por lo general, se solucionan vía trato directo. Es más, el contratista prefiere no ir a arbitraje en el caso que le deniegue la identidad porque hace un análisis costo-beneficio. O sea, ir dos años a un arbitraje, pago de honorarios arbitrales donde, de repente, el Estado no va a pagar los honorarios, sino voy a subrogar el 100 %.

Ahora, efectivamente, hay esta cantidad de arbitrajes, pero porque es un megaministerio que ejecuta mucha obra pública a través de Proviás Nacional, todas las carreteras a nivel nacional lo ejecuta Proviás Nacional, por ejemplo. Proviás Descentralizado. Tenemos también puentes, caminos, que se ejecutan a través del MTC. Tenemos también, por ejemplo, el ATE, ahora el ATU, todas estas controversias también las vemos.

Por ejemplo, las obras que tenemos son de kilómetros, son carreteras de cien kilómetros, cincuenta kilómetros y, por lo general, se expropián propiedades y todas estas controversias, por ejemplo, se van a estos arbitrajes de expropiación. Yo creo que se van a reducir en número la cantidad de arbitrajes porque ya en el ministerio, a sugerencia nuestra, incluso, en contratos donde incluso no se había estipulado la junta, se está estipulando mediante adendas. Hay un contrato importante en el sur donde tenemos como veinte controversias derivadas de veinte ampliaciones de plazo que han sido denegadas por el Estado. Entonces, en ese supuesto hemos sugerido que lo más conveniente sería firmar una adenda y establecer la junta de resolución de disputas, el área usuaria se sentó con el contratista y el contratista aceptó, y ahora hay junta de disputas y cualquier controversia que vaya a surgir —sean diez o sean quince controversias— solo va a verse en un arbitraje y no en diez, quince arbitrajes que pueda tener cada contrato.

Creo que la respuesta está en gran parte en la cultura peruana, porque, justamente, para un trabajo estaba analizando la enseñanza del derecho en Latinoamérica y en los países anglosajones, en las universidades peruanas —te ha pasado, estoy seguro, y a mí y a otros que nos están escuchando— nos enseñan el chip adversarial, nos enseñan en las primeras clases cómo demandar, cómo contestar, cómo denunciar, cómo litigar, pero no nos enseñan a conciliar, a transar, no nos enseñan los métodos alternativos de resolución de conflictos.

Si ves la malla curricular de las principales facultades de derecho, conciliación y arbitraje son cursos electivos, no son cursos obligatorios. Excepcionalmente, en una o dos universidades que están sobresaliendo bastante es obligatorio, pero, por lo general, no.

Entonces, de estos abogados que se formen en esta cultura adversarial de la demanda, de la contestación de la apelación, de la reconsideración cuando llegan a administrar contratos y, evidentemente, en el marco de ese chip de la cultura adversarial, deniegan la ampliación de plazo. Cualquier cosa, arbitraje y todo esto lo llevan a la procuraduría. Justamente, en la procuraduría estamos implementando un sistema de defensa preventiva de resolución de controversias. Lamentablemente, la Ley del Sistema de Defensa Jurídica del Estado establece una visión reactiva de la solución de controversias, es decir, que el procurador aparece cuando surge la controversia, pero, revisando, en Alemania y en España el defensor del Estado tiene una visión o una facultad preventiva de las controversias y eso, de manera interna, en el MTC lo estamos aplicando. En diversas reuniones sugerimos cómo se debe redactar una cláusula, una adenda, para evitar contingencias y arbitrajes.

Es un camino de largo tramo, pero creo que todos estos eventos, donde los ponentes están trayendo la figura de los contratos colaborativos y la gente está escuchando y se está capacitando, está

ayudando a cambiar este criterio. De repente de aquí más adelante también esto va a reflejarse en la administración de contratos.

DÍA 5
CENTROS DE ARBITRAJE Y *COMPLIANCE*

PANEL I
PONENCIA PRINCIPAL: MEJORANDO LA EFICIENCIA DE LOS ARBITRAJES COMPLEJOS.
MODIFICACIONES AL REGLAMENTO DE LA ICC DE 2021

*Katherine González Arrocha*¹

¹ Abogada panameña especializada en resolución de conflictos internacionales. Se incorporó a la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en París en 1996, responsable de gestionar casos de arbitraje en el equipo iberoamericano como consejera auxiliar, y en 1998 como consejera. Secretaria de la Comisión de Arbitraje de la CCI en 2004 y consejera principal de los servicios de resolución de disputas de la CCI. Actualmente, se desempeña como directora para las Américas de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI con sede en Ciudad de Panamá. Es conferencista y reconocida árbitra.

Karina Zambrano Blanco: Muy buenas tardes.

Estamos en el último día del evento. Han sido cinco jornadas de más de seis horas cada una, en las cuales el primer día hemos desarrollado el tema de arbitraje internacional, el segundo día de arbitraje nacional, el tercer día conversamos sobre construcción, ayer conversamos sobre abastecimiento o *compliance* y entidades del Estado, incluso, el miércoles conversamos sobre *dispute boards*, junta de resolución de disputas, y hoy nos toca el tema de centros de arbitraje.

Es un honor compartir la mesa con nuestra querida amiga Katherine González Arrocha.

Katherine González Arrocha: Muchísimas gracias. Agradecida de estar con salud y compartiendo este momento con ustedes.

Les voy a hablar acerca del nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI que entró en vigor desde el 1 de enero de este año. Me voy a enfocar, en particular, en cómo este reglamento ha ayudado o va a ayudar a mejorar la conducción de un arbitraje complejo, por ser el tema principal de este evento el arbitraje en materia de construcción y los arbitrajes complejos.

Vamos a comenzar con un poquito de historia para entender mejor el presente, y dentro de esta historia de la CCI, que es larga, vemos un sinnúmero de reglamentos que han ido evolucionando. Desde la creación de la Corte, en 1922, con el primer reglamento, entrando ya en vigor en 1923, también con unas reglas de conciliación. También fueron evolucionando.

A lo largo de la historia del crecimiento de la Corte, en la medida en que iba ampliando la experiencia y cantidad de casos que iba manejando, va modificando este reglamento, y es una de las características principales de la CCI, y también de las ventajas de este sistema, que gracias a esta toda la amplia red que tiene de personas que trabajan dentro de la misma, los miembros de la Corte, a través de los comités nacionales, el *staff* mismo de la CCI que ahora no está únicamente radicado en París, sino también en otras partes del mundo, con múltiples oficinas, va desarrollando toda esta experiencia en el manejo de casos y en la medida que se va evolucionando esa experiencia, también va evolucionando el reglamento y las prácticas de la misma, y se van incorporando al reglamento.

Entonces, vemos aquí las principales modificaciones a este reglamento. Anteriormente, se hacían con menos frecuencia. En 1998, diez años después, aparece esa, pero luego vemos ya con mayor frecuencia las modificaciones, y esto se debe a esta rápida evolución del arbitraje y del comercio internacional, porque el arbitraje responde a esa necesidad de evolución del comercio internacional.

Es importante también explicarles dentro de qué contextos se dan estas modificaciones, cómo es este proceso. Ustedes ven que es un proceso que se realiza con mucha seriedad y para garantizar ese resultado que es tener un reglamento que viene a incorporar las prácticas aceptadas internacionalmente en el arbitraje internacional. Para ello, dentro del mismo esquema de la CCI habrá dentro de este proceso de revisión varias fases.

En primer lugar, la Corte va a hacer esta sugerencia que va a someter a la Comisión de Arbitraje de la CCI. Luego les voy a explicar en qué consiste esta Comisión. Una vez que esta Comisión ha analizado todas estas modificaciones y ha aprobado, las somete a la Junta Directiva de la CCI y, finalmente, se aprueban y entra en vigor un nuevo reglamento.

Como les decía, la Comisión de Arbitraje de la CCI trabaja paralelamente a la Corte. La Corte es la gente que está administrando los casos a través de sus miembros y tomando las decisiones relativas a los casos con respecto al reglamento. La Comisión, por su parte, es la que está analizando

paralelamente todos los aspectos que tengan relación con el desarrollo del arbitraje entre esas modificaciones al reglamento, pero también guías, lineamientos que aportará la Comisión de Arbitraje. Si ustedes entran en la página web de la Comisión y de la Corte, pueden tener acceso a toda esta documentación.

Actualmente, la Corte cuenta con más de 1000 miembros, están representando más de 92 países designados por los comités nacionales de la ICC. Y, como les decía, ellos van a estar analizando todos estos distintos temas, se reúnen en distintos grupos de trabajo y, eventualmente, harán recomendaciones, orientaciones que van a ser, una vez aprobadas, publicadas para el uso del público en general.

Este fue el trámite de las modificaciones al reglamento que, finalmente, fueron aprobadas y entraron en vigor a partir del 1 de enero de este año. Su objetivo fue, al igual que han sido las últimas modificaciones, aportar mayor eficiencia, seguridad, transparencia a los procedimientos de arbitraje de la CCI. Adicionalmente, se fue actualizando una nota que ya existía, que es una de estas guías para los árbitros y las partes sobre la conducción del arbitraje.

¿Qué incluye este reglamento del 2021? Me voy a enfocar en ese aspecto de los arbitrajes complejos, entendiendo por arbitrajes complejos los que implican múltiples partes, múltiples contratos, que vemos cada vez con más frecuencia y que han ido aumentando a lo largo de los últimos años, en la experiencia de la CCI. Aquí vemos cuatros ejes: tienen optimizar el uso de la tecnología, mejorar los arbitrajes complejos, aumentar la transparencia y garantizar siempre una conducción eficaz de los arbitrajes.

El tema de optimizar el uso de la tecnología viene a incorporar una práctica que ya existía, pero que no estaba, digamos, codificada dentro del reglamento, pero era una práctica ya usual, que es el mayor uso de la tecnología y menos papel dentro de los arbitrajes de la CCI. Ahora, el reglamento, en estas disposiciones específicas, artículos 4 y 5 que se refieren a la notificación de la demanda de arbitraje, en la contestación a la demanda de arbitraje, a la solicitud de arbitraje, disponen específicamente en el sentido de que esta notificación se hará por vía electrónica u otros medios, salvo que las partes soliciten expresamente que sea hecha por *courier* o por otra vía. Entonces, se transmite esa responsabilidad a las partes y se parte de la base de que si no se hará de esta forma, se hará por comunicación electrónica.

El tema de las audiencias virtuales también fue un cambio importante, que voy a explicar un poco más adelante. Quería detenerme en lo que fueron los efectos de la pandemia y por qué se viene a modificar rápidamente este aspecto en el reglamento en cuanto al mayor uso de la tecnología. Casi de manera inmediata, en el mes de abril de 2020, cuando nos vimos en esta situación que nos trajo la COVID-19, la Corte de la CCI publica una nota, que es una guía, para orientar a las partes, a los abogados, a los tribunales arbitrales sobre cómo podían disminuir los riesgos de los defectos de esta pandemia en los arbitrajes de la CCI. Se anuncia a los usuarios que la Corte se mantuvo siempre abierta operando y se daban ciertos lineamientos, porque como no estaban dentro del reglamento se dio esta necesidad que de inmediato se comunicara a los usuarios que envíen todo por formato electrónico, en vista de que estábamos en esta situación de inmovilización debido a la pandemia. Se incluye en esa nota que las nuevas solicitudes de arbitraje debían ser presentadas también en formato electrónico, salvo con alguna disposición de alguna legislación en específico y en ese caso se hacía lo necesario para hacerlo por *courier*.

Esta nota fue importante en ese momento, de manera inmediata, y venía también a recordar los principios del arbitraje: «Esto no es una excusa para que ustedes paralicen los arbitrajes, porque tenemos la dicha de poder seguir trabajando virtualmente». Recordaba la nota que seguían rigiendo los principios fundamentales del reglamento de la CCI. Aquí les cito estos dos que se refieren a la eficiencia del arbitraje en sí mismo: el tribunal tiene que instruir la causa en el plazo más breve posible y de manera expedita, eficaz. Y la CCI en esa nota recordaba a los árbitros que tenían que continuar con el respeto de los plazos para la emisión de los proyectos del laudo, salvo que existiesen causas justificadas, pero no se iba a considerar ninguna causa injustificada y había que continuar con los arbitrajes.

En lo que respecta al tema de las audiencias, el reglamento en ese momento no establecía la posibilidad expresa de que las audiencias fuesen de manera virtual, y hubo alguna discusión en ese sentido, de si el artículo, en ese momento, el 26, lo permitía o no. Por ello, se modifica el reglamento y se establece ahora de manera muy clara.

La nota del 2020 establecía los lineamientos y decía que se podían llevar a cabo estas audiencias virtuales, y se daban ciertas consideraciones que debía tomar en cuenta el tribunal arbitral al momento de decidir si llevar a cabo una audiencia virtual o no. Entre esas, por supuesto, la complejidad del caso, si realmente había razones para que el caso procediera de manera inmediata o no, es decir, llevar a cabo la audiencia o si las partes tenían razones justificadas para que se suspendiera el proceso. Todos estos aspectos había que verlos caso por caso. Y después de haber valorado cada una de estas situaciones se consideraba que podía llevar a cabo la audiencia o no, también había que considerar otro escenario como, por ejemplo, si era realmente indispensable reunirse físicamente y si sería imposible o no, dependiendo del país en que uno se encontraba. Si acordaban que la reunión presencial era indispensable, en ese caso, tomar en cuenta las medidas necesarias para que fuera de manera segura para todos los participantes.

Otro aspecto muy importante —porque esto no estaba establecido en ese momento en el reglamento— era si no hubiese acuerdo de las partes para llevar a cabo la audiencia virtual, pero teniendo estimado que no había razón para no continuar se establecía definir claramente las razones, en particular si había algún impedimento en la ley aplicable en la sede del arbitraje o de la ley donde se iba a ejecutar el laudo, y si no, justificarlo, razonar con el tribunal arbitral por qué estaba tomando esta decisión.

Por último, la nota se las menciono porque es muy útil para lo que es la organización de audiencias virtuales, y por eso les decía que pueden tener acceso a la misma en el sitio web de la CCI, porque tiene estos lineamientos y dos anexos, en particular, donde tienen unas guías muy claras sobre qué debe tener en cuenta el tribunal arbitral si decide que se lleve a cabo esta audiencia arbitral, entre esas, el tema de los protocolos cibernéticos que se deben acordar y que debe el tribunal consultar con las partes siempre. El anexo 2 de la nota incluye cláusulas que se pueden incluir dentro de estos protocolos cibernéticos. En cuanto al anexo 1 de esta nota, incluye una lista de verificación del protocolo para llevar a cabo audiencias virtuales, con todo tipo de aspectos procesales y logísticos como la presencia de un administrador técnico, el uso de las transcripciones, todos estos detalles que no deben olvidarse ninguno, así como los temas de confidencialidad, por supuesto.

¿Qué viene a hacer, entonces, el reglamento del 2021? Pues codificar esta práctica que, como les decía, ya era una práctica existente, en el nuevo artículo 26(1) del Reglamento, donde, dándole este poder al tribunal, se establece que tiene discrecionalidad para celebrar audiencias virtuales por videoconferencia, teléfono o cualquier otro medio de comunicación apropiado. El tribunal puede de oficio decidir sobre la celebración de una determinada audiencia virtual, incluso en el caso de que alguna de las partes se oponga, tomando en cuenta los criterios que mencioné anteriormente.

Otro aspecto importante de las modificaciones al reglamento fue quizás uno de los más discutidos dentro de la comisión de arbitraje, el relativo a estos tres ejes: (i) la incorporación de partes adicionales; (ii) la consolidación; y (iii) el nombramiento del tribunal arbitral completo.

La incorporación de partes adicionales aparece por primera vez en el reglamento del 2012. Antes de ello no existía esta figura dentro del reglamento de la CCI. Es importante mencionarles que el reglamento de 1988 viene a ser el primer reglamento que habla de múltiples partes y múltiples contratos. Hasta 1998 se hablaba de parte demandante y parte demandada, y no había esta referencia en plural a las partes. Fue una modificación bastante revolucionaria en ese momento, un cambio importante en 1998, pero aún no incorporaba esta figura de parte adicional. Es en el 2012 cuando se viene a incorporar por primera vez, el artículo 71 establecía como un principio general que se podía incorporar una parte adicional cuando se solicitaba la incorporación, pero siempre y cuando fuese presentada antes de la constitución del tribunal arbitral. Podía ser por la parte demandante o la demandada.

El demandado también podía solicitarlo, siempre y cuando la comisión fuese antes de la constitución del tribunal arbitral. Se permitía después de la constitución del tribunal arbitral únicamente si había acuerdo entre las partes y acuerdo de la parte que se iba a incorporar también. Un dato estadístico: más de 400 partes desde el 2014 han sido incorporadas en 150 casos.

¿Qué ocurre en este reglamento del 2021 con relación a este tema? El artículo 75 ahora incluye esa posibilidad de presentar una solicitud de incorporación después de la confirmación del nombramiento del tribunal arbitral. Esta decisión recaerá en el tribunal arbitral y está sujeta, según lo dispone este mismo artículo 75, a comisiones, por un lado que la parte adicional acepte la constitución del tribunal arbitral. No es necesario el acuerdo de todas las partes, sino de esa parte adicional que acepte la constitución del tribunal arbitral y también el acta de misión, si es que ya existe un acta de misión —en algunos países de Latinoamérica se llama fijación de la causa o acta, la primera que se lleva a cabo con el tribunal arbitral y las partes—, o si ya ha sido firmada, que esta parte incorporada preste su conformidad y su acuerdo.

El tema de la constitución del tribunal es sumamente importante para garantizar que no exista ulteriormente una posible anulación del laudo por esta causal. Cuando el tribunal arbitral decida sobre la posible incorporación de esta parte —porque no es automático, es una facultad que tiene el tribunal arbitral, analizando esas condiciones— tiene que tomar en cuenta, dice este nuevo artículo, todas las circunstancias pertinentes, incluyendo si el tribunal arbitral tiene *prima facie* jurisdicción sobre la parte adicional. ¿Por qué *prima facie*? Porque cualquier decisión sobre su jurisdicción, el tribunal la tomaría posteriormente, en un laudo parcial o final, después de haber escuchado a las partes, incluyendo a la parte adicional, sobre este tema, pero debe estar convencido de que tiene *prima facie* esa jurisdicción para incluir a la parte. También debe considerarse el momento en que se solicita esta incorporación en el proceso, porque si va a crear un problema, si es una fase muy avanzada del proceso, si no se puede incorporar, es un aspecto que se debe tomar en cuenta. Por último, también menciona el artículo posibles conflictos de interés que existan entre el tribunal arbitral con las partes, criterios que debe tomar en cuenta el tribunal para tomar esta decisión. Lo que busca la introducción de este artículo es mayor flexibilidad, en el sentido también de evitar que existan decisiones contradictorias si hay procesos paralelos. Entonces, mayor eficiencia también, flexibilidad, equidad en los procesos.

La consolidación, también llamada acumulación, es un aspecto importante dentro de estas modificaciones. Dice el artículo 10 —existente desde el reglamento del 2012—, que la Corte puede consolidar, acumular dos o más arbitrajes, convertirlos en uno solo, siempre y cuando —y aquí vienen las condiciones— exista acuerdo de las partes sobre la consolidación. En ese caso, se consolidan de manera automática.

También dice el reglamento que todo reclamo en los arbitrajes sea formulado bajo el mismo acuerdo de arbitraje o, si estos reclamos son formulados bajo más de un acuerdo de arbitraje, en ese caso, los arbitrajes tienen que ser entre las mismas partes, las controversias tienen que surgir con relación a la misma relación jurídica y, además, se debe considerar —porque esta era una decisión en el 2012 que recaía en la Corte— que la Corte considere que los acuerdos de arbitraje son compatibles.

Muy importante. Ejemplos de casos en que la Corte ha considerado que los acuerdos de arbitraje no son compatibles en el pasado: pueden ser dos cláusulas de arbitraje que son idénticas, pero tienen sede de arbitraje distintas, por ejemplo. Una incompatibilidad puede determinar que en el pasado la Corte concluya que hubo una voluntad de las partes de que los procesos se manejen de manera independiente y separada por haber escogido sedes arbitrales distintas. Esto es para darles un ejemplo, pero cada caso se analiza de manera individual, se requieren los comentarios de las partes y, posteriormente, se toma una decisión.

¿Cuáles fueron los cambios introducidos en el 2021, con relación a este aspecto de la acumulación o consolidación de los casos? En realidad, el cambio es muy simple en el sentido de que se pasa de singular a plural. Un cambio muy simple porque está reconociendo esa mayor práctica que vemos

de casos que son cada vez más complejos, donde hay más cortes de arbitraje, más partes, más contratos, y el reglamento anteriormente hablaba de acuerdo de arbitraje en singular —en inglés—. Ahora se habla de *arbitration agreements*, acuerdos de arbitraje en plural. Entonces, se va a aclarar que la acumulación ocurre cuando las demandas son formuladas bajo estos distintos acuerdos de arbitraje y que hay posibilidad que existan múltiples contratos. Se busca dar una mayor certeza y predictibilidad a las partes en cuanto en qué casos la Corte va a acumular los procesos. Y a eso nos referimos también a mayor transparencia, en el sentido de que las puedan predecir, y es muy importante para las partes como usuarios, cómo va a actuar una institución arbitral, qué tipo de jurisprudencia —si es que alguna jurisprudencia tiene— y qué criterios se tienen en cuenta para tomar decisiones como esta. Eso le da mayor certeza de transparencia a los usuarios. El cambio es menor, pasamos de singular a plural, pero es un cambio importante en la medida que acepta esa mayor tendencia y da mayor seguridad a las partes en cuanto a quién toma esta decisión y cómo lo hace.

Pasamos ahora al tema del nombramiento del tribunal arbitral completo, uno de los más controversiales. Les explico un poco la historia. La regla existía en el reglamento desde 1998, esta posibilidad de la Corte de la CCI de nombrar a todo el tribunal arbitral. Posteriormente, fue modificada en el 2012. El reglamento de 1998, como les contaba, por primera vez incluye esa presencia de múltiples partes: demandantes y demandadas. Consecuentemente, en ese reglamento se incluye, por primera vez, reglas con relación a la constitución del tribunal arbitral y se dice que en caso de que existan múltiples demandantes y demandadas debían designar conjuntamente a su árbitro. Demandantes, por un lado, como bloque, demandadas por el otro lado. En el año 2012, cuando se incorpora la figura de la parte adicional se hace un cambio aquí con respecto a la constitución del tribunal arbitral, y se decía que esta parte nueva debía designar un árbitro conjuntamente con las demandantes o con las demandadas, en caso de que fuese un tribunal tripartito. Decía esta cláusula de este artículo del reglamento del 2012 que a falta de asignación conjunta y a falta de acuerdo de las partes sobre la constitución de un tribunal arbitral, en casos como estos donde hay múltiples partes la Corte podía nombrar a cada uno de los miembros del tribunal arbitral y designar a uno de ellos como presidente.

Esta regla que introduce en el 2012 tenía un sustento jurídico y en 1998 también, cuando se pone por primera vez el artículo, y fue el famoso caso Dutco que se presentó en Francia en el año 1992 el que viene a establecer este principio, que se ha convertido hoy en día en un principio general en arbitraje internacional y en la mayoría de las legislaciones: el principio de igualdad dentro de la constitución del tribunal arbitral o de *égalité*, en francés, que asegura este tratamiento igualitario de todas las partes al momento de la constitución del tribunal arbitral, es decir que cada parte debe ser tratada de la misma manera, evitando que haya desigualdad procesal. Por lo tanto, se faculta a la Corte a que, cuando no existiese un acuerdo entre todas las partes sobre la constitución del tribunal arbitral, podría nombrar a cada uno de los mismos.

En el reglamento del 2021 se incluye un párrafo nuevo, que es el párrafo 12(9) que permite, inclusive en el caso de que exista un acuerdo de las partes sobre la constitución del tribunal arbitral, a la Corte, y aquí subrayo, en circunstancias excepcionales y no de manera automática, nombrar a cada uno de los miembros del tribunal arbitral. La diferencia con reglamentos anteriores que este último decía que a falta de sanción conjunta o a falta de acuerdo, y aquí ven con el caso Dutco, la Corte podía nombrar a cada uno de los miembros del tribunal arbitral. Sucede que ahora le dan un poder adicional a la Corte diciendo que puede ir por encima del acuerdo de las partes y por esto fue tan controversial, pero se establecen criterios específicos y circunstancias excepcionales. Además, dice el artículo 12(9) que se debe dar en el caso en que se busque evitar un riesgo considerable, trato injusto y desigual entre las partes que pudiese afectar la validez del laudo. Entonces, tienen que darse estos criterios para que la Corte decida aplicar este artículo.

Esto tiene también un sustento histórico que es muy reciente, por eso se incorpora ahora en el reglamento, que es un caso que se dio durante la pandemia, el caso PT Ventures vs. Vidatel, en el año 2020, decisiones entre el 2020 y 2021. Se trata de un conflicto que se basa en un acuerdo de cuatro accionistas y ellos hacían parte de ese principal, era un operador de telefonía en Angola, y dentro de ese acuerdo cada uno de los accionistas tenía una participación igualitaria del 25 % en la compañía de

teléfonos móviles. La cláusula arbitral establecía que cada una de las partes llega a designar un árbitro y el presidente era designado conjuntamente. Si se seguía esa cláusula, se tenía un tribunal de cinco miembros. PT Ventures presenta una demanda ante la CCI argumentando que nombrar al tribunal arbitral de esa manera podría violar el principio de igualdad, teniendo en cuenta que la sede de arbitraje era Francia y, por lo tanto, se iba a violar una norma de orden público de la ley de arbitraje francesa, porque en los demandados podría haber un desbalance en el nombramiento del tribunal arbitral, ya que la demandante consideraba que los demandados tenían los mismos intereses. La CCI, viendo el problema y existiendo un acuerdo de arbitraje entre las partes, les recomienda modificar esa cláusula de arbitraje de cinco a tres árbitros. Mucho más fácil, nos permite regular eso en nuestro reglamento también teniendo ya un artículo existente que permite a la Corte designar a esos tres miembros, hacerlo, pero cuando no haya acuerdo de las partes, tal es la propuesta de la CCI, y viendo esa posibilidad de que el laudo pudiese presentar un problema porque la sede de arbitraje era Francia y se estaba irrespetando esa norma de orden público de igualdad en la condición del tribunal arbitral. La CCI decide nombrar directamente a los cinco miembros, es decir, no tomar en cuenta las designaciones que estaba haciendo cada una de las partes porque les parece más equitativo.

A lo largo de todo el año 2020 e inicios del 2021, que fue la última decisión de la Corte de Apelaciones de París, hubo una decisión en las Islas Británicas, pero también ambos, tanto la Corte Británica como la Corte de Apelaciones de París fueron en el mismo sentido de reconocer el laudo y también la correcta aplicación, la correcta actuación que había tenido la CCI al momento de designar a los cinco árbitros en ese caso, a pesar de ya existir otro acuerdo distinto de las partes en la designación de los mismos.

La CCI viene a cambiar el artículo 12(9), como les mencionaba, e incorporar esta posibilidad, pero siempre estableciendo que se da por casos muy excepcionales en donde hay un real riesgo de que el laudo pueda no ser ejecutado o que el laudo pueda ser anulado, ya sea en la sede arbitral o en el lugar donde se va a ejecutar.

Veamos otros cambios. Como les decía, hay muchos y no podemos abarcarlos todos. Les menciono dos adicionales acá. Por un lado, el poder de los árbitros para excluir abogados de parte. Esto también es algo muy interesante, y hasta cierto punto, revolucionario, como verán. Y, por otro lado, el tema de la divulgación de los acuerdos del financiamiento.

En cuanto a la representación de las partes, este nuevo artículo 17 viene a obligar a las partes a notificar lo antes posible, de manera inmediata, al tribunal arbitral, a la Secretaría de la CCI, a todas las partes en caso de que haya algún cambio en su representación. Si cambian de abogados, si cambian de representantes, deben, de inmediato, notificarlo y el tribunal arbitral tiene esta potestad que le da ahora el artículo 17 para rechazar esa nueva representación en caso de que estime que pueda crear algún conflicto de interés de los árbitros o representantes entre las partes que genere un tipo de recusación en el futuro de los árbitros y se entorpezca el desarrollo del procedimiento arbitral. En esos casos, la Corte puede limitar esa participación, ya sea dentro de una parte del proceso o, inclusive, rechazar, como les decía, cuando se deba incorporar de manera muy tardía esa nueva parte.

La divulgación de acuerdos de financiamiento va un poco en el mismo sentido, de evitar conflictos de interés en fases tardías del arbitraje. Este artículo 11(7) dispone que las partes comuniquen sin demora a la Secretaría, al tribunal arbitral, a todas las partes del proceso, la identidad de cualquier tercero con el que ellos hayan celebrado un acuerdo de financiamiento, y esto se da siguiendo la misma lógica de lo que establecen las directrices de la IBA sobre conflictos de interés en arbitraje internacional. Se reconoce cada vez más la figura de estos financistas del arbitraje y, pues, lo que se busca es evitar posibles conflictos de intereses entre las partes involucradas en el arbitraje y los árbitros, y ayudar al tribunal arbitral en ese deber de revelación que tiene en miras a proteger esa imparcialidad e independencia que debe tener a lo largo del proceso.

Por último, pero sumamente importante porque viene también a marcar una tendencia que hemos visto que se ha desarrollado todavía más durante la pandemia, es del mayor uso de los métodos

amistosos de resolución de controversias y un deseo de la Corte de que haya una mayor concientización de las partes y de los tribunales del uso de estos mecanismos. Esto es un cambio muy importante en el reglamento, parece leve, pero no lo es. El apéndice IV del reglamento es importante porque incluye técnicas para la conducción eficaz de los procesos. Dentro de esas técnicas ya existía una disposición, en el inciso h), donde se incluye que el tribunal arbitral tenía esa obligación de informar a las partes de esa posibilidad de resolver amistosamente sus controversias. Pero, la obligación era de informar y ahora pasa a ser «alentar» —*encourage*, en inglés—. Hay un paso adelante en eso, ya no es solo de informar, sino que debe alentarlas a considerar esa posibilidad solucionar de manera parcial o total por algún medio amistoso de resolución de controversias que, como les decía, siempre ha sido parte de esta historia de la CCI, porque desde el primer reglamento en 1922 incluía un reglamento aparte de conciliación. Posteriormente, vino a ser mediación, como lo es actualmente, y hay una secretaría específica de la CCI, aparte de la Secretaría de la Corte, que está manejando todos estos casos de mediación, de *dispute boards*, de peritajes y son cada uno de ellos reglamentos específicos que ha ido desarrollando también la necesidad.

En esta última parte quiero hablarles de este procedimiento abreviado que incluye el reglamento de la CCI y también trajo modificaciones importantes en el 2021. El procedimiento abreviado de la CCI se viene a incorporar por primera vez en el año 2017 y se determina que vienen a ser aplicables acuerdos de arbitraje concluidos con posterioridad a la entrada en vigor de ese reglamento, que fue el 1 de marzo del 2017. Se aplicaba a casos con un monto límite de dos millones de dólares y buscaba, como su nombre lo indica, procedimientos más abreviados para casos que requerían mayor rapidez y el éxito fue increíble. Hubo una muy buena acogida, a pesar de que eran acuerdos con anterioridad a marzo del 2017. Las partes convenían expresamente la aplicación de este reglamento, inclusive en casos mayores a dos millones de dólares. Entonces, por el éxito que tuvo este procedimiento abreviado, la Corte modifica su reglamento, el artículo 1(2) del apéndice VI, que dispone que ahora la cuantía de la controversia, para que se apliquen estos procedimientos abreviados, no supere los tres millones de dólares. Podría ser más, pero tiene que haber un acuerdo debido de las partes.

Por último, para no perder la costumbre que siempre tenemos en la CCI, traje ciertas estadísticas recientes, lo que siempre es muy útil para ver este crecimiento. El crecimiento siguió en el año 2020, es decir, a pesar de la pandemia, tuvimos un crecimiento con relación a los años anteriores. De estos casos, casi un 20 % involucran Estados o entidades estatales, y esta es una estadística muy importante para la CCI en el sentido de que ha ido creciendo en los últimos años y deja mayor aceptación del arbitraje por parte del Estado y de las entidades estatales; mayor número de sedes de arbitraje; mayor número de partes provenientes de 145 países distintos; y también un mayor número de aplicaciones; de solicitudes de árbitros de emergencia. La región tradicionalmente que donde mayormente se presentan casos ante la CCI es Europa central, un 30 %; pero luego tenemos la segunda preferencia más importante Asia, de crecimiento reciente e importante, sobre todo del sudeste de Asia; y en Latinoamérica, durante las últimas décadas, también el crecimiento ha sido importante, como lo es con un 15,5 %, de todos los casos que se presentan ante la CCI.

Con esto termino mi presentación. Ha sido un gran gusto compartir con ustedes.

Karina Zambrano Blanco: Gracias, Katherine.

Sabes que antes de ser abogada fui conciliadora y esto de alentar a las partes a la negociación, de usar cualquier otro método amistoso de resolución de controversias es muy atinado por parte de la CCI toda vez que, normalmente, en los arbitrajes los árbitros se olvidan de que tienen la oportunidad de invocar a las partes en cualquier momento a llegar a un acuerdo, ya sea con una mediación, conciliación o una negociación. Normalmente, en el 99 % de los casos he visto que los árbitros no tienen un momento de incentivar a las partes, de explicarles por qué es importante. Pero esa conciliación es un esfuerzo grandioso, porque para el acta de la audiencia de conciliación tienes que leer todo el expediente, todas las actuaciones de las partes y conocer claramente cuál es la controversia, porque así puedes dar, como árbitro, algunas propuestas de solución.

Dices que esto estaba en los inicios del reglamento, ¿qué incentivó a poner esta cláusula?

Katherine González Arrocha: Es un tema que a mí también me apasiona. Tuve la dicha, cuando trabajé en la Secretaría, en París, de estar en ese equipo de lo que era el manejo de los *dispute boards* y de las mediaciones. Era un equipo aparte ya que es muy importante para la CCI como institución y para la Corte que haya una barrera entre lo que es el arbitraje y estos otros métodos de resolución de controversias, porque son temas muy distintos y hay que respetar la confidencialidad también para garantizar el éxito de una mediación. Es muy importante que se dé dentro de este contexto de conciliación.

Y vemos que en los arbitrajes —y en los arbitrajes CCI, con mucha frecuencia— se dan acuerdos entre las partes en la fase inicial, en la fase del acta, de lo que se llama en el reglamento de la CCI el acta de emisión. Vemos un gran número de casos en los cuales las partes llegan a acuerdos parciales por el hecho de sentarse en esa primera fase a analizar cuáles son los puntos litigiosos, cuáles son sus posibilidades de pérdida o de ganancia, y cuando son bien orientadas por el tribunal —como dice ahora el reglamento— a que consideren esa posibilidad vemos que hay mucho éxito en ese sentido y también se facilita la labor del árbitro.

Hablando de esa barrera existente entre los distintos procesos y dentro de las distintas secretarías, y si es un árbitro al que se le ha dado esta facultad como árbitro, tiene que estar muy consciente de este rol que tiene y que el pasar de un laudo a otro también puede conllevar ciertos riesgos que tiene que tomar en consideración, que tienen que llegar a acuerdos con las partes, obviamente, porque un arbitraje no es una conciliación, son dos temas y dos figuras muy distintas. Aquí el reglamento no le pide al árbitro convertirse en mediador, le pide alentar para que consideren esta posibilidad. Si las partes deciden porque se van a ir a una mediación, ya entraría con esta figura distinta, pero, en todo caso, es un gran paso y busca concientizar la existencia de estos métodos y puede facilitar también la labor del árbitro, porque en esas fases tempranas se permite, a veces, conciliar unos aspectos y continuar con otros, como lo vemos en la práctica.

Dentro de la evolución del reglamento vimos también cómo se fue especializando, pues comenzó en un reglamento de conciliación, pero se consideró que era muy limitante la conciliación, porque en algunas jurisdicciones conlleva una terminología y una definición distinta a lo que es la mediación, que es más amplia. Por lo tanto, se prefirió llamarlo ahora reglamento de mediación y abarcar todos estos métodos amistosos.

Karina Zambrano Blanco: En el Perú es lo mismo, los árbitros no quieren saber de conciliación, los conciliadores no quieren saber de árbitros. Es como una pelea, unos desdennan a los otros y para qué hablar de la negociación y mediación, es decir, ya ni existe. ¿Por qué crees que existe esa barrera?

Katherine González Arrocha: Tengo un punto de vista personal, en algo también depende por regiones del mundo, porque en el mundo hay lugares donde hay más aceptaciones que en otras, pero creo que es un tema cultural muchas veces, y cultural vinculado a la educación que recibimos como abogados. Soy una fiel creyente de que este tema va a evolucionar como evolucionó el arbitraje.

Cuando empezamos nuestra carrera —me incluyo—, ni siquiera se hablaba de arbitraje en las universidades. No existía el tema. Hoy en día es algo que uno ve en el uso universitario. El tema de la mediación, en la medida en que lo veamos más por temas de formación de los abogados, también veremos más su práctica y utilidad; pero como nos formaron a muchos para litigar y la cultura ha sido una cultura de litigio, entonces hay más dificultad en aceptarlo por parte de algunas generaciones porque no ven el beneficio, ya que no se enseñó de esa manera al abogado. Se cree que el abogado debe ser litigante y no se le formó dentro de esta otra gama que es muy amplia también, porque vemos hoy que las mediaciones empresariales ofrecen una gama increíble de oportunidades, y la figura del mediador es sumamente importante en todo nivel dentro de la ejecución de un contrato.

En el caso de los *dispute boards*, por ejemplo, vemos que el reglamento del *dispute board* de la CCI incluye una disposición que permite que sus miembros actúen como mediadores cuando las partes autoricen ello y pueden tener reuniones en privado con las partes, cosa que el reglamento de arbitraje no permite, porque, obviamente, es otra figura; pero la figura del *dispute board* sí lo permite, y puede y faculta a los miembros del *dispute board* a hacerlo, para tener incluso reuniones privadas, como se hacen las obligaciones con cada una de las partes para facilitar esos acuerdos, algo muy común en los *dispute boards*.

Karina Zambrano Blanco: En este caso, ¿el árbitro incentiva a las partes, les ayuda en la solución del conflicto o no? O, simplemente, las incentiva, las partes deciden llegar a un acuerdo y se manda al tribunal. ¿Cómo quedan los honorarios del árbitro en una reducción?

Katherine González Arrocha: Exacto. En este caso, como el tribunal ya constituido que tiene una misión, tiene una jurisdicción como árbitro, aquí la misión es únicamente alentar a las partes, pero no puede tomar el rol del mediador, salvo que las partes lo acuerden así o el tribunal lo acuerde, entonces, se finaliza el arbitraje y comienza una mediación. Pero es muy raro ver la figura que un mediador pase a árbitro, aunque todo puede pasar, obviamente, si las partes lo acuerdan. Siempre tiene que haber un acuerdo de las partes, si no, por lo general, se ve si las partes suspenden y median tratos directos, en negociaciones directas, que es lo que más se ve en algunos casos, pues se fijan los honorarios sobre la base del trabajo que ha hecho el árbitro hasta el momento.

En el caso de la CCI, tienen una provisión ya establecida y siempre se fijan los honorarios sobre la base del tiempo que han invertido los árbitros y la complejidad del caso. Son muchos criterios que se toman en cuenta para definir esos honorarios en la fase en que se encuentra el proceso. Cuando las partes deciden retirarse de un caso, la Corte en ese momento salda y pagan los honorarios según el trabajo que han hecho los árbitros.

Karina Zambrano Blanco: Un porcentaje. ¿Se llega al 70 %? Más o menos se reduce, porque, digamos, eso no les incentiva mucho.

Katherine González Arrocha: Depende de la fase en que esté el arbitraje y qué tanto haya trabajado el árbitro, de la complejidad. Por eso les decía —y es una de las ventajas del reglamento de la CCI— que tiene el arancel máximo y mínimo, y esa facultad que da la Corte de definir dentro del máximo y el mínimo cuánto le va a pagar a cada árbitro depende de la complejidad del caso y del número de horas que ha invertido el tribunal. La Secretaría es la que tiene toda esa información porque sabe qué es tan complejo un caso, qué tanta comunicación hay, aunque esté en una fase temprana, sabemos que todos los casos son distintos, y algunos, para el momento del acta de emisión, requiere mucho más lectura, mucho más trabajo que otros. El análisis caso por caso.

Solo para terminar con el tema, la CCI habla de una caja de herramientas y yo creo mucho en eso. Es una caja de herramientas la resolución de controversias y así lo debemos ver los que trabajamos dentro de este mundo, debemos conocer todas esas herramientas. No todas son aplicables para todo tipo de contrato y no todas funcionan en todo tipo de situación, porque cada situación y cada conflicto es diferente. El abogado tiene esa responsabilidad —pienso yo— de mostrar debidamente a su cliente toda esta gama, inclusive al momento de pactar esta cláusula porque ahora se está promoviendo mucho las cláusulas escalonadas que combinan los sistemas. Entonces, es analizar el contrato de antemano y decir si conviene un *dispute board*, ir a un arbitraje, una mediación, el momento de pactar la cláusula es el mejor momento. Pero también cuando surge el litigio, hacer ese análisis y ver qué le conviene más al cliente y a las personas en esos momentos.

Karina Zambrano Blanco: Yo creo que la cláusula escalonada, en la cual primero tratan de ir a una negociación en que ellos mismos autocompongan el conflicto, luego recién a una mediación, luego a una conciliación y en última instancia a un arbitraje, creo que es muy importante solo que se resisten los abogados a optar por la conciliación y prefieren ir de frente al arbitraje.

Otro tema. En el Perú, últimamente, se ha estado abriendo centros de arbitraje, pero, previamente, son centros de conciliación y no tienen mucha idea de cómo se maneja el centro de arbitraje, piensan que es el mismo mecanismo de un centro de conciliación que tiene como cabeza un Ministerio de Justicia. ¿Qué opinas al respecto?

Katherine González Arrocha: La idea de este reglamento es ser lo más flexible posible. Siempre ha sido el objetivo a lo largo de esta trayectoria que les mencioné, de todos los que se han hecho, porque recordemos que la Corte se crea como una institución internacional para el manejo de casos de partes provenientes de distintos lugares del mundo, y ahí es donde se enriquece la práctica del arbitraje, cuando se mezcla las distintas prácticas también del mundo anglosajón, del derecho civil, y la Corte, entendiendo esto y ese gran aporte que se hacía a la comunidad del comercio internacional, hace un reglamento lo más flexible posible, donde se le otorgue ese poder al tribunal arbitral.

Ustedes ven que en lo que se refiere a la conducción del proceso, las normas son muy claras y no entran en mucho detalle. El tema, por ejemplo, de la práctica de pruebas, que vemos que se vuelve tan complejo en nuestros arbitrajes domésticos, a veces. El reglamento de la CCI es muy simple, muy directo, otorga poder al tribunal arbitral para irse adaptando, según las tendencias de cada caso.

Y un dato interesante que hemos visto es que esa flexibilidad ha llevado, inclusive, a que ahora en la práctica vemos que muchos casos domésticos se someten a la CCI, casos entre partes de los mismos países se refieren a este reglamento, quizás, precisamente, por esa flexibilidad que busca garantizar la esencia del arbitraje en sí, porque recordemos que lo que se busca en el arbitraje es la alteridad, un medio distinto al sistema judicial. No estamos buscando copiar el sistema judicial, sino crear una herramienta eficaz distinta para resolver los procesos.

Karina Zambrano Blanco: Creo que hay un prejuicio al tomar en cuenta un reglamento de un centro de arbitraje que ya tiene experiencia. En el caso de la CCI, es un reglamento muy bien hecho, los centros deberían tomarlo como punto de referencia, esa sería una sugerencia para que, de alguna manera, podamos, todos los que estamos inmersos en el arbitraje, hablar el mismo idioma.

Katherine González Arrocha: Al respecto, dentro de esa trayectoria, la Corte publica y brinda acceso al público en general a todos estos lineamientos. Pueden verlos en la página web de la CCI sin ningún costo, porque de eso se trata, la Corte también está publicando extractos de laudos arbitrales, lo que ha hecho a lo largo de muchos años, que eran un valioso aporte para la comunidad arbitral. Hay compendios que tienen un costo, pero también están los boletines de la Corte que se publican cada tres meses o dos meses, tienen extractos cada uno de ellos. A través de los comités nacionales de la CCI, sus miembros pueden tener acceso gratuito a todos los boletines.

Karina Zambrano Blanco: Tienes algunas preguntas en el chat: «¿Podrías profundizar respecto a la adición de abogado de parte cuando genera conflicto de interés y ya está constituido el tribunal arbitral?»

Katherine González Arrocha: Es importante tener en cuenta que la mayoría de esas facultades que se le daba al tribunal arbitral y a la Corte se incluyen dentro del reglamento como «podrá», el tribunal arbitral «podrá», en este caso que lo va a hacer de manera automática tiene que haber un análisis, y la razón y el motivo de haber incluido esta nueva disposición es para evitar tácticas dilatorias, de hecho, porque se ve mucho en los arbitrajes, lamentablemente.

En ese sentido, para entorpecer un arbitraje se ha visto que se ha presentado representación de abogados que pueden tener un conflicto con el tribunal arbitral y esto ha generado problemas de interrupción de procesos porque hay recusaciones posteriores, en fases muy avanzadas del proceso. Para evitar ese tipo de problemas se faculta al tribunal, se da al tribunal esa posibilidad, no es que se va a hacer de manera automática. Por supuesto, el tribunal lo considera y puede incorporar —y lo hará en la mayoría de los casos, cuando no haya problema, por supuesto— esos nuevos representantes, pero el punto también aquí es crear mayor concientización en todos los practicantes, abogados,

partes, tribunal arbitral de que son un equipo, al momento de garantizar el éxito de un arbitraje hay que trabajar como equipo. Hay que buscar no entorpecer el procedimiento y todos actuar de manera coherente.

La independencia y la imparcialidad del árbitro sabemos que es sumamente importante y hay que protegerla, y esa es la idea de esta modificación.

Karina Zambrano Blanco: Abro el micro para que puedan formular alguna pregunta.

Carlos López Avilés: Muchas gracias.

Quería hacerte una pregunta sobre el tema de los honorarios, pero no de árbitros, sino de las juntas de resolución de disputas o *dispute boards*, porque en el Perú se ha tomado casi como norma el honorario único, fijo, mientras que el reglamento de *dispute board* de la ICC toma más bien el honorario partido, el honorario de gestión más el inventario diario. Yo sostuve en la exposición que tuve hace dos días que, a mi juicio, debe incluirse por lo menos la posibilidad de ese segundo mecanismo de honorarios, gestión más diario, por una serie de razones que di en ese momento, pero que no vale la pena que, en este momento, como pregunta, formular.

¿Cuál es tu opinión? ¿Por qué ICC se va por el concepto de honorario de gestión más diario y no por el honorario fijo en los *dispute boards*?

Katherine González Arrocha: Creo que la respuesta rápida y fácil.

Sería porque es una figura muy distinta a la del árbitro, y cuando les hablaba esa caja de herramientas es importante también tenerlo en cuenta al momento de escoger un *dispute board*. No todo tipo de contrato se adapta a la resolución de controversias a través de un *dispute board*. Lo que buscaba el reglamento CCI era ampliarlo un poco, no solo los contratos de construcción, puede haber otros, contratos que sean de larga o mediana ejecución, pero que requieran la participación de ese miembro que va a estar a diario en la ejecución del contrato.

De allí esa idea de que si esa persona —que es distinta a un árbitro, porque el árbitro va a actuar ya cuando aparece el conflicto y va a solucionarlo a partir de ese momento— buscar solucionarlo, el que está actuando con nombramiento de *dispute board*, está actuando desde el momento en que se firma ese contrato o que, supuestamente, es y va a obrar a lo largo de la ejecución del contrato para supervisar y actuar de manera inmediata cuando se le requiera.

En el caso de proyectos de construcción, esa persona idealmente tendrá un contrato al inicio y actuará de manera inmediata cuando se le llame. Posiblemente, tendrá reuniones privadas con las partes para mediar o va inmediatamente a rendir un miniperitaje, por ello es que la sugerencia de la CCI es que establezcan este tipo de contratos y hay un modelo de contrato dentro del reglamento para pactar estos honorarios diarios y mensuales. Un poco la figura también que se establece en el Fidic.

Ahora bien, son sugerencias, no quiere decir que se aplique a todo tipo de contratos porque, a veces, hemos visto *dispute boards* donde surgida la controversia se nos llama, o sea, no estuvimos en la ejecución del contrato. Ahí los honorarios se pactan de manera distinta porque es un poco como un árbitro, viene un perito a dar su opinión en ese momento específico.

Pero siguiendo esa tradición de que si es un contrato de larga ejecución o mediana ejecución, y el miembro del *dispute board* entra al momento en que se inicia ese contrato y está a lo largo del mismo dando sus servicios, se aplicaría esa figura de un contrato de pago por hora y pago mensual.

Carlos López Avilés: Sí, gracias, Katherine. Y, sobre todo, felizmente, están acá las principales figuras responsables de los centros y es muy importante lo que has dicho porque va en la misma línea de lo que vengo sosteniendo hace un tiempo.

Karina Zambrano Blanco: Pero déjame decirte que es muy complicado como centro de arbitraje estar fijando por hora. ¿Cómo podríamos hacerlo más sencillo el cálculo por hora, por día de trabajo?

Katherine González Arrocha: Por eso la CCI no entró en ese detalle. O sea, la CCI da modelos de contratos. Dice, como esto es una figura distinta al árbitro no hay un arancel, como el caso del arbitraje donde hay aranceles, este es el máximo y este es el mínimo, y esto se lo vas a ver según el monto del litigio. En el caso de los *dispute boards* tienen que hacer un acuerdo con las partes directamente y firmar un contrato.

Carlos López Avilés: En los Juegos Panamericanos que tuvimos *dispute arbitration boards*, usamos la figura del honorario partido y no fue complicado.

Karina Zambrano Blanco: Damos la palabra al doctor César Guzmán-Barrón.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: No dejo de admirar cada vez que Katherine habla, pero me temo que cuando Katherine habla, habla del arbitraje internacional y una preocupación que siempre he tenido en el comité de arbitraje de la CCI del Perú —tuve la satisfacción de promover su renovación— es que cuando hemos empezado a tratar problemas nacionales nos enfrentamos al famoso arbitraje en contrataciones con el Estado, donde la realidad es muy distinta.

Puede haber un extraordinario reglamento de la CCI, no lo niego, puede haber un aporte para mejorar las cosas, no lo niego; sin embargo, nos encontramos con el problema del día a día de arbitrajes en contrataciones con el Estado donde el Estado es un personaje absolutamente distinto a cualquier parte privada, porque son funcionarios públicos que se ven precisados a respetar normas internas, a tener temor a las auditorías, más aún ahora. En consecuencia, retrasan decisiones, buscan la forma de anular los laudos para irse al Poder Judicial, porque si no los anulan, mañana les caen encima, a pesar de que se han dictado normas de protección, y esto es el 90 % de los arbitrajes en el Perú. No podemos negarlo. Si acá hay directores de centros de arbitraje, creo que lo entienden muy bien.

Mi preocupación, u ocupación, sería si en algún momento la CCI, como organismo internacional de hace tantos años, podría en algún momento abocarse a realizar el arbitraje cuando una parte es el Estado, porque esta situación ha llegado a extremos. Hoy, por ejemplo, no podemos arbitrar los que no estamos inscritos en un registro que está lleno de condiciones y requisitos, y los principales árbitros del Perú no están inscritos en ese registro. Esta es una situación grave, no hay más de 23 árbitros que puedan ser elegibles. Entonces, frente a una situación como esta me preocupa el arbitraje en el Perú, no tanto en arbitrajes internacionales, que creo que avanza muy bien, y ustedes siempre han dado los pasos por delante, hoy con la transparencia mucho más aún. Es más, desde hace años sabemos que la CCI no cree en el registro de árbitros.

Entonces, tenemos dos figuras de arbitraje en el Perú: arbitraje en contrataciones con el Estado, con características peculiares, y arbitraje normal y regular. ¿Cómo sería el arbitraje en el Perú si solamente estuviéramos dentro de lo normal y regular? Probablemente, no habría tantos centros; probablemente, no habría tantos árbitros; probablemente, no habría tantos casos. Nos hemos encontrado de la noche a la mañana en la necesidad de conseguir quién lleve estos casos. Mi preocupación es en qué medida es posible crear un grupo de trabajo, hacer un análisis más profundo de la problemática a la que se enfrentan los arbitrajes en contrataciones del Estado, más aún en países como el nuestro donde a la entidad estatal no le queda otra que arbitrar sí o sí. Entonces, deja de ser voluntario, ciertamente. En consecuencia, nos encontramos con situaciones —yo diría— graves, y esto se asigna al arbitraje, muchas veces, por increíble desconocimiento como la culpa de los retrasos en las obras: «Lo que pasa es que ya tiene tres arbitrajes»; «Claro, tiene diez arbitrajes, por eso es que no funciona».

Lo comparto contigo frente a los directores de centros que hay aquí porque quisiera saber si al interior del comité CCI existe la libertad y la posibilidad de trabajar con ustedes, con expertos de ustedes, un grupo de trabajo que analice esta realidad peruana, porque yo creo que no da para más. Por más esfuerzos que se hace. Tal vez no sea el espacio porque estamos hablando de la CCI, pero yo entendí que la CCI nació para poner el arbitraje a nivel mundial, y no solamente el arbitraje comercial internacional, sino también estos arbitrajes nacionales caseros que tienen tantas reglas y tantos requisitos que se escapan, a veces, del arbitraje que todos conocemos. Quería una reflexión tuya sobre el tema y si hay una mirada hacia futuro para que tengamos un poco de esperanza de contar con organismos tan importantes y trascendentes como la CCI para desarrollar un trabajo a futuro que nos haga mirar las cosas con realismo y con autenticidad.

Katherine González Arrocha: Gracias por tu pregunta.

Existe un reporte de la CCI, porque hubo un grupo de trabajo creado específicamente sobre este tema, así que es una buena noticia para responder positivamente a tu pregunta. Es un grupo de trabajo que analizó la particularidad de la participación de los Estados y entidades estatales en los arbitrajes de la CCI y en el 2014, más o menos, uno de los vicepresidentes que manejó este tema de ese grupo de trabajo fue Eduardo Silva Romero. Otra buena noticia es que a Eduardo Silva Romero lo acaban de designar presidente del Instituto de Derecho Mercantil Internacional de la CCI. Entonces, Eduardo tiene mucho interés en desarrollar los temas dentro de ese instituto. Este, sin duda, es uno de sus temas de predilección, que es la participación de los Estados y entidades estatales en los arbitrajes, y siempre hemos estado procurando agrandar ese grupo. Eso se hace a través de la Comisión de Arbitraje de la CCI. Cuando les expliqué lo que era la Comisión, les dije que tenía más de mil miembros, ellos son designados por los comités nacionales y cada comité nacional tiene derecho a designar sus miembros. Dentro de eso, se dividen en pequeños grupos de trabajo.

Ese grupo tiene un reporte ya publicado en la página web de la CCI, y llevó a modificaciones importantes del reglamento en el 2012, después en el 2017. Esas modificaciones van en el sentido de aceptar que sí hay una diferencia, que sí son procedimientos que requieren una atención diferente, sin duda, a veces, en cuanto a detalles como plazos y otro tipo de detalles, lo que es el nombramiento de árbitros, por ejemplo. La CCI incluyó una disposición cuando hay alguna parte estatal y la Corte como entidad tenía que nombrar a ese árbitro porque el ente estatal o el Estado no designó al árbitro, entonces en ese caso el nombramiento no pasa por un comité nacional, por ejemplo, de la CCI, porque se evita los temas políticos, si hay un nombramiento directo; se crean grupos especiales. Hay disposiciones específicas dentro del reglamento que están regulando esto, que surgieron a raíz de ese análisis que se hizo en ese reporte.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Muchas gracias, Katherine. Creo que es una tarea pendiente, además con el soporte de la CCI, es decir, organismos internacionales porque es un tema que creo que ha sido demasiado no sé si bien tratado o mal tratado en nuestro país.

Katherine González Arrocha: Muchísimas gracias, nuevamente, por la invitación desde la perspectiva de la Corte y la mía personal.

PANEL II

CONVERSATORIO: CENTROS DE ARBITRAJE EN EL PERÚ Y COMPLIANCE

*Marianella Ventura Silva*¹ (moderadora)

Compliance, instituciones y centros de arbitraje

*Silvia Rodríguez Vásquez*²

Centros de arbitraje y las buenas prácticas

*Rocío Cano Guerinoni*³

Centros de arbitraje y *compliance*

*María Alejandra Paz Hoyle*⁴

Lavado de activos a través del arbitraje y la responsabilidad de los árbitros y las instituciones

*Miguel Ángel Pastor*⁵

Diferencias en la constitución y administración entre los centros de arbitraje y los centros de conciliación

*Karina Zambrano Blanco*⁶

¹ Secretaria general del Centro de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. Abogada por la Universidad de Pavia en Italia, título revalidado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho con especialización en arbitraje comercial internacional. Cuenta con más de diez años de experiencia profesional en resolución de disputas comerciales en Perú y en Italia. Es fundadora y *past president* de la Asociación Civil Arbitration 360.

² Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Secretaria general del Centro de Arbitraje de la PUCP desde el año 2002. Especialista en arbitrajes derivados de contratos con el Estado. Tiene amplia experiencia en la aplicación de mecanismos de solución de conflictos no judiciales como conciliación extrajudicial y negociación para la búsqueda de soluciones integrativas en diversas controversias.

³ Socia fundadora de Cano Paredes Abogados. Gerente general de la consultora empresarial Guerinoni. Abogada por la Universidad de Lima. Candidata a magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctora en Gobierno y Políticas Públicas por la Universidad San José de Costa Rica. Miembro de la Association of Trial Lawyers of America. Amplia experiencia en instituciones arbitrales.

⁴ Abogada con grado de magister en Gestión Pública y especialización en arbitraje en contratación pública. Árbitra inscrita en los centros de arbitraje de las cámaras de comercio de Lambayeque y de La Libertad. Conciliadora extrajudicial y secretaria general del Centro de Arbitraje ARBITRARE.

⁵ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Máster en Gerencia Pública por la European Centre of Innovation in Management. Con estudios de maestría en Derecho Civil y potgrado en Arbitraje Comercial Internacional por la American University. Árbitro en ejercicio, docente universitario y presidente del consejo ejecutivo de Peruvian Chamber of Business.

⁶ Abogada especialista en gestión de conflictos, contrataciones públicas y arbitraje, con más de diecisiete años de experiencia. Egresada del doctorado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es conciliadora extrajudicial con especialidad en Familia y capacitadora del Ministerio de Justicia. Árbitra, capacitadora del OSCE, presidenta de la Asociación Zambrano.

Marianella Ventura Silva: Buenas tardes a todos. Es un gusto estar aquí.

El tema que vamos a discutir en este panel es uno de mucha actualidad. El arbitraje es un área que no está exenta de riesgos de actos de corrupción. De hecho, en la historia del arbitraje en Perú, los actos de corrupción han tenido su máxima expresión en los conocidos casos Orellana y Odebrecht que, sin duda, han remecido nuestra comunidad arbitral y han generado desconfianza en los usuarios, en su momento.

Luego, por otro lado, a nivel legislativo, se ha venido evaluando la inclusión de distintas medidas que buscan tener un mayor control sobre los arbitrajes, incluso los netamente comerciales que, muchas veces, sin embargo, se alejan de los estándares internacionales.

Con la finalidad de dar respuesta a todas las inquietudes de los usuarios, las instituciones arbitrales hemos tomado medidas para asegurar la integridad del arbitraje como institución y así mantener la confianza de los usuarios de encontrarse frente a un método de solución de conflictos transparente. Los centros de arbitraje tenemos ahora una mayor necesidad, y diría hasta un deber de ejecutar políticas de *compliance* y de lucha contra la corrupción.

Justamente, para abordar estos importantes temas nos acompañan Silvia Rodríguez, Miguel Ángel Pastro, Rocío Cano Guerinoni, María Alejandra Paz y Karina Zambrano, que son representantes de distintas instituciones arbitrales, a nivel nacional, quienes nos comentarán, desde su experiencia, ante qué nos enfrentamos concretamente y cuáles son las medidas de *compliance* y buenas prácticas que podemos implementar en la administración de procesos arbitrales. Por lo tanto, será un conversatorio que también surgirá de la práctica de cada uno de estos profesionales.

Comenzaremos con Silvia Rodríguez.

Silvia Rodríguez Vásquez: Muchísimas gracias.

Un poco hablando de la historia, de lo que nosotros hemos logrado hacer y, en general, qué creemos que pueden hacer los centros de arbitraje, en general, sobre todo, por qué lo deberían hacer, lo primero que he querido tocar es este índice de la percepción de la corrupción. Esto es, lamentablemente, lo que se tiene en el 2022, evaluado y elaborado por Transparencia Internacional donde, lamentablemente, nuestro país, nuevamente, una vez más, no queda en un buen lugar.

En el caso del Perú estamos en el 94 de 180. No es un buen puesto. Nuestro *score* es 38, bastante bajo, y bueno, es lo que es, es lo que hay y es lo que sabemos todos que tenemos que superar. En general, desde el Gobierno, desde el Estado hasta las empresas, hasta las instituciones privadas, todos debemos estar comprometidos a la lucha de la corrupción.

¿Qué es la corrupción? Ya tenemos varios conceptos, pero siempre es bueno saber los conceptos teóricos que los especialistas tienen para decirnos. Cecilia Salgado señala que es una acción social ilícita, ilegítima, encubierta —y esto es algo muy importante porque es encubierta, no sale a la luz, sino después de mucho tiempo y, obviamente, siempre está hecha para que esté escondida—, deliberada, con arreglo a intereses particulares, afectando deberes de función, intereses colectivos y/o a la moral social.

¿Qué decía Plan Nacional de la Lucha contra la Corrupción del 2012-2016? La corrupción es el uso indebido del poder para la obtención de un beneficio regular, de carácter económico o no económico, a través de la violación de un deber de cumplimiento en desmedro de la legitimidad de la autoridad y de los derechos fundamentales de la persona.

¿Qué dice el OSCE? El OSCE porque es un poco el ente rector, el que opina y, más o menos, dirige el tema de arbitraje, es importante saber qué piensan ellos sobre el tema de lo que es la corrupción en el arbitraje administrativo, en contratación pública. En su plan institucional, la corrupción para ellos es el mal uso del poder público o privado para obtener un beneficio indebido económico o no económico, o ventaja, directa o indirecta por agentes públicos, privados o ciudadanos, vulnerando principios y deberes éticos, normas y derechos fundamentales. Ahí empieza a crearse el tema donde también están los privados.

Podríamos concluir que la corrupción no hace distinción de ninguna diferencia, está a todos los niveles socioeconómicos: bajo o alto. Podemos tener temas de corrupción en todas las regiones del país, gente que, de repente, tiene muy buena educación, tal vez que puede llegar de repente a tener un doctorado —es más, hemos visto últimamente muy tristemente una persona con mucha experiencia, con mucha educación, con posgrados, que habla de tal manera que no se da cuenta de que lo que está diciendo roza con el tema de la corrupción—. La corrupción no hace esa diferencia en tendencias políticas, culturales, étnicas. Es un comportamiento aprendido y reforzado por el entorno. No es un problema puntual, sino sistémico. Son muchos factores que conllevan a esto. Es un fenómeno social complejo y requiere una solución articulada e integral. No solamente el Estado tiene que hacer algo, tienen que hacerlo también los privados; no solamente lo tienen que hacer las grandes empresas, las pequeñas también; no solo lo tienen que hacer las personas jurídicas, lo tienen que hacer también las personas naturales. Entonces, creo que se entiende que, en realidad, es responsabilidad de todos.

En realidad, el tema de la corrupción tiene múltiples factores: legal, filosófico, psicológico, sociológico, de todas formas. Son muchos factores que llevan a que este fenómeno se presente. ¿Y qué tiene que ver el arbitraje en esto? ¿Por qué nos debería interesar? Obviamente, la respuesta es que hay que luchar contra la corrupción. Pero este Decreto Supremo n.º 048-2018-PCM, Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, nos hace dar cuenta que este es el fundamento por el cual nosotros, como centros de arbitraje —que vemos temas en contratación pública que, al final, es la mayoría de los arbitrajes en el Perú— es que debemos tener cuidado y estar muy enfocados en la lucha contra la corrupción.

El Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021 ha establecido que hay cuatro temas recurrentes como espacios altamente vulnerables a la corrupción: obras de infraestructura, procesos de contrataciones y adquisiciones, captura de la política pública por parte de intereses particulares —lo estamos viviendo ahora— y provisión de servicios públicos: pequeña corrupción. Los dos primeros es evidente que tienen que ver con la solución de las controversias que derivan, por ejemplo, de estas obras de infraestructura que se plasman en un contrato y que por norma se van al arbitraje. Igualmente, cualquier proceso de contratación y adquisición que tenga que ver con temas del Estado también es altamente vulnerable a la corrupción y también lo ven los centros de arbitraje que tratan o colaboran con la solución de esas controversias.

Estamos en un campo minado y, obviamente, tenemos que tomar acciones para evitar que explote una mina. Y eso no se hizo, lamentablemente, por eso tenemos todos esos títulos que aparecieron y que fueron bastante recurrentes entre el año 2016 o 2017 hasta el año 2019 y, de vez en cuando, aparecen este tipo de títulos. Mucho el nombre del arbitraje seguido de corrupción y ha ocurrido con mucha fuerza en los años que les menciono, el 2019 incluido.

¿Existe riesgo de corrupción al brindar el servicio de arbitraje? La respuesta es sí. Lo tenemos que empezar a analizar. Incluso, está reconocido que el tema de obras en infraestructura, que el tema de contrataciones y adquisiciones puede llevar riesgos de corrupción. El llevar a arbitraje puede jalarse esa corrupción, por lo tanto, si tengo ese riesgo, tengo que tomar alguna acción contra ello.

Hay desconfianza de los operadores, después de todo esto que ha pasado en todos estos dos años, todo lo que se supo, todas las investigaciones que todavía se siguen dando. Obviamente, esto genera dudas en el mismo mecanismo y un impacto para todos los centros de arbitraje.

Nuestro centro tomó la decisión —porque sabíamos que había que contribuir proactivamente en la lucha contra la corrupción y generar confianza en la población, confianza en los usuarios— de implementar el sistema de gestión antisoborno y fue una decisión que se adoptó desde la alta dirección, el vicerrector administrativo de la universidad, junto con la dirección del Centro. Nuestro sistema de gestión antisoborno está aprobado, este certificado ya está aprobado. Es hasta el año 2022 y ahora les voy a explicar una serie de situaciones que, al final, son ventajas para nosotros porque nos asegura tranquilidad en el trabajo que estamos realizando. Obviamente, todo esto lleva unas auditorías constantes. Por ejemplo, este certificado termina en el año 2022. Obviamente, termina porque se complementa con una auditoría que se nos va a hacer para ver si nuestro sistema sigue vivo.

Voy a retroceder un poquito. ¿Qué es el *compliance*? Es un conjunto de políticas y controles de una organización necesarios para cumplir con las leyes, normas y regulaciones que le aplican, incluyendo políticas internas acordes con las aspiraciones explicativas de los *stakeholders* de la empresa. Con esto queremos decir que tenemos que trabajar conforme a las normas y hacer las cosas bien. Así de simple. Y dentro de este *compliance* hay una parte que es el sistema antisoborno, en este caso, es el sistema de gestión ISO 37001. Entonces, tengo un sistema de gestión, un sistema *compliance*, de repente —pero es mucho más amplio, ese es el ISO 19600, me parece—. El *compliance* ve el tema de fraude, corrupción, colusión, lavado de activos, financiamiento de terrorismo, uso indebido de información privilegiada, malas prácticas laborales, inacción a situaciones de acoso sexual y *bullying* laboral.

Nosotros hemos escogido todo esto. Como les mencionaba, del ISO 37001 ataca directamente el tema del soborno. Ese es el primer estándar internacional para temas de gestión antisoborno, y establece medidas y controles reconocidos como las mejores prácticas por expertos internacionales. Obviamente, esto es todo un proceso de auditoría, de revisión de todos los procedimientos y que te auditen otras personas para que te puedan certificar.

¿Qué es el soborno para este sistema de gestión antisoborno? Como les mencionaba, es un fenómeno generalizado que da serias preocupaciones sociales y socava el buen gobierno.

¿Cuáles son los beneficios de implementar un sistema de gestión antisoborno? Definitivamente, reduce, y aquí es importante tener en cuenta esa palabra, le llaman «reducción del riesgo de la ocurrencia de sobornos». El soborno debería ser cero, no debería existir, pero, lamentablemente, siendo una actividad humana, lo que se tiene que hacer es evitar el soborno y reducirlo al mínimo nivel con controles que se dan en cada procedimiento. El soborno está escondido, lo quieren esconder y lo que se trata de hacer es evitar que esto ocurra siendo transparente.

También demuestra que tienes controles de buenas prácticas antisoborno reconocidas de manera internacional. Incrementa la competitividad, por supuesto, porque cada uno tiene sus procedimientos y sabe lo que tiene que hacer, con lo cual todo el equipo va en un mismo sentido. Permite la detección oportuna o preventiva de cualquier suspicacia con relación al soborno o corrupción en asuntos financieros o comerciales. Por ejemplo, si tengo un sistema de gestión antisoborno en el que ya se tiene que entrar tres, cuatro o cinco personas para postular a determinado puesto se tiene que seguir con los procedimientos, y si en algún momento alguien no cumple con eso, inmediatamente, se dice qué pasó, por qué no postularon tantas personas. Tiene que haber una explicación.

Provee evidencia, en el caso de una investigación criminal, de que has tomado medidas razonables para prevenir el soborno. Y eso, por ejemplo, es algo muy importante que ahora —ya esto lo saben los penalistas— el hecho de que tengan un sistema de cumplimiento, por ejemplo, un ISO 37001 implementado en una empresa, si es que ocurre algún tipo de soborno, algún tipo de corrupción y se está investigando a la empresa, las personas que implementaron esto podrían verse beneficiadas y tendrían mayor tranquilidad en ese tema. Reduce las penas, e incluso hasta podrían exonerarlo.

Entonces, llegar a un sistema de gestión antisoborno parece complicado. Lo primero que tiene que existir es la estructura de organización de evaluación de riesgos y gobierno corporativo y liderazgo. Debe tener, obviamente, un líder y ese líder debe estar comprometido con, precisamente,

el sistema de gestión antisoborno. Hay múltiples estudios que indican que si el líder no está comprometido con el sistema, no va a funcionar. Para los centros de arbitraje que están interesados en tener este sistema: el líder de ese centro tiene que estar comprometido con este sistema de gestión antisoborno para implementar y que continúen las auditorías y la mejora.

Obviamente, debe haber una evaluación de riesgos junto con las políticas, normas y procedimientos. Las personas que están en el equipo tienen que darle tiempo y conocer y explicarles a los auditores, y explicarse, y todos juntos crear este sistema, porque tengo que saber cuáles son los riesgos que implican mi actividad como centros de arbitraje.

Muchos saben que cuando salieron a la luz aquellos arbitrajes que involucraban a la empresa Odebrecht asociaron a los centros de arbitraje en ese tema, no llamaban los laudos de estos árbitros, decían los laudos de tal centro. Esto es muy importante, porque es un riesgo que cualquier centro corre, incluso los internacionales que tuvieran que ver algo, porque lo asocian así. Es importante que tengamos en cuenta que esta situación es una desventaja, porque vienen árbitros de otros lados y nos pueden poner algo o pueden hacer una actividad que vaya en contra de nuestra imagen y, obviamente, una vez que detecto los riesgos, tengo que ver las acciones para abordar el riesgo del soborno.

¿Qué puedo hacer en esa situación? Tengo que mitigar ese riesgo del soborno. Para todo eso, obviamente, tengo soporte, debo tener evaluaciones constantes y lo más importante en un sistema de gestión, ya sea de calidad antisoborno o lo que tengan: la mejora continua. La realidad nos demuestra que a veces hay situaciones que no pueden ser previstas en ese momento. Por eso es que hay mejora continua, constantemente hay que revisar si lo que estamos haciendo, efectivamente, está evitando que este riesgo se vuelva más alto.

Y, entonces, obviamente, tenemos que seguir, como dice ahí, las recomendaciones y los planes de acción para atacar, y constantemente estar estudiando. No puedo, no es que simplemente echo a andar la máquina y se acabó. No, yo tengo que hacer un análisis, una evaluación para ver si lo que estamos haciendo está bien o se puede mejorar.

Obviamente, nos tomó tiempo, por lo menos un año y medio, aproximadamente, para conseguir este certificado y todo esto supuso también un compromiso de las personas que están a la cabeza de la organización y no solamente a nuestro equipo, sino a nuestros árbitros que recibían, de repente, formatos que les parecen excesivos o muy grandes, pero que son necesarios para conseguir un compromiso que nos lleve a una mejora o a una seguridad de que se está reduciendo estos riesgos. Nuestra política de sistema de gestión antisoborno está en nuestra página web. Salió después de todo este procedimiento.

También quería mencionarles un dato interesante dentro de este sistema de gestión antisoborno. Se ha pensado, por ejemplo, en un oficial, la función de cumplimiento, es decir, es una persona que puede recibir, por ejemplo, las denuncias. Es algo novedoso, nosotros lo tenemos implementado, más adelante les enseño dónde está nuestro canal de denuncias, por ejemplo, de actos en contra del buen trabajo, del trabajo ético de los secretarios, de los árbitros y cualquier persona que está en el centro. Esta persona es la encargada de recibir, tramitar y hacer otros adicionales como supervisar el diseño de implementación, asegurándonos de que estamos planteándolo bien. Entonces, el sistema está vivo, es un compromiso constante y que nos sirve, nos da tranquilidad para el trabajo que estamos realizando en estos momentos.

¿Quiénes son nuestros socios de negocio? Es toda aquella persona que tiene algún tipo de relación comercial con nosotros, y digo relación comercial en el sentido de trabajo, por ejemplo, los árbitros, las partes, una notaría, el servicio de mensajería, etc. Ellos también tienen algún tipo de conexión con este sistema de gestión antisoborno y también los hemos comprometido. Los árbitros, por ejemplo, tienen varios formatos que les hemos pedido para que declaren; las partes también; las mismas notarías; nuestros proveedores también porque, obviamente, es acompañarte con gente que va en tu misma línea de pensamiento, eso es lo que se quiere con el sistema de gestión antisoborno.

Se habla de riesgos, ¿qué son estos riesgos? Son las distintas actividades de la institución sometidas a situaciones con riesgo de soborno. Tenemos que evaluar cuáles son esos puntos vulnerables para mitigar las posibilidades que este riesgo, al final, se concrete. Para hacerles un ejemplo, un riesgo que tenemos que nos preocupa muchísimo es que una o ambas partes pacten con uno o más árbitros el sentido del laudo a cambio de un beneficio ilícito o antiético. Pongámoslo a la luz, hay que mitigarlo, de alguna manera, hay que tomar acciones para evitar que esto pase. Un riesgo alto para nosotros ha llegado ahora a ser un riesgo medio, pero sigue siendo riesgo.

Por último, les mencionaba el canal de denuncias. Por supuesto, existe en nuestra página web, antes de la pandemia se hacía de manera presencial, también a través de correo electrónico o un formulario de denuncias en la propia página web. Esto es parte de nuestro sistema de gestión antisoborno, al igual también, por ejemplo, evitar el regalo, que nos envíen obsequios, etc., eso es parte también del sistema de gestión antisoborno.

Haciendo un balance de nuestro sistema de gestión antisoborno planteado después de todo este tiempo, creo que nos ha generado muchísima tranquilidad entender más nuestra actividad, evitar que se aprovechen de la actividad del centro de arbitraje.

En general, una recomendación muy grande es implementar en cualquier centro de arbitraje este sistema de gestión antisoborno. Muchísimas gracias por la atención.

Marianella Ventura Silva: Gracias.

¿Cómo viene funcionando el canal de denuncias en el CARC-PUCP? ¿Cuántos casos con riesgos potenciales han sido reportados?

Silvia Rodríguez Vásquez: Hasta el momento no ha habido una denuncia con relación a alguna persona en particular del centro. Ha habido una denuncia, recuerdo, en cuanto a un árbitro, y a veces las denuncias no necesariamente son conducidas por las partes de manera correcta, en realidad, se refería, más que a una denuncia, a un tema de una recusación, que debió plantearlo como una recusación, por eso es que hay que tener cuidado y enseñar a las personas el uso de estas técnicas.

Marianella Ventura Silva: En general, la reacción de los usuarios ante la implementación, ¿dirías que ha sido positiva?; ¿dirías que ha habido de todo?

Silvia Rodríguez Vásquez: Creo, definitivamente, que es positiva. Es una manera de llegar al usuario y que conozca que tienen esta herramienta para plantearla cuando existan estos casos, estas dudas. Nunca nos ha pasado, solo estoy poniendo algo hipotético: imagínate que llegue un correo, una grabación o un pedido de un árbitro a una parte diciendo: «quiero reunirme contigo para tal cosa» o «quiero reunirme contigo aparte, no quiero que la otra parte esté presente». Definitivamente, ahí podrías denunciar, porque habría algo extraño y nos podría plantear una denuncia en este canal para nosotros investigar el tema.

Marianella Ventura Silva: Muchísimas gracias.

A continuación, seguiremos con la presentación de Rocío Cano Guerinoni.

Rocío Cano Guerinoni: Muchísimas gracias.

Silvia ha dicho algo que yo quiero complementar, el tema del *compliance*, es decir, las buenas prácticas internas, dentro de un aspecto de centro de arbitraje.

No es novedad que nosotros tenemos que, efectivamente, hacer unas buenas prácticas. Es decir, las buenas prácticas significan, como dijo Silvia, hacer algo que no tenga que ver con la corrupción.

El *compliance* salió hace muchísimos años, ya tiene más o menos 25 años, solo que en otros países, en Latinoamérica recién se está volviendo popular.

¿Qué cosa significa la palabra *compliance*, que viene del término inglés ‘cumplimiento’? Está referido, básicamente, al cumplimiento normativo. En los centros de arbitraje tenemos normas, así como la CCL, así como la ICC, así como el Centro de Arbitraje de la PUCP, así como el Centro de Arbitraje de la Asociación Zambrano, todos tenemos diferentes normas, reglamentos, códigos de ética. El *compliance* viene a ser el control interno que nosotros mismos, como centros de arbitraje, tenemos que hacer, que las personas que vengan a nuestro centro sepan que todo sea de acuerdo a la ética, a los valores, a los buenos principios, a la buena fe, es decir, a la ley y a las normas.

Entonces, partiendo de esa definición, vuelvo a tomar lo que hablaron en el primer panel sobre de flexibilidad del arbitraje. Ahí entra el tema también del *compliance* porque cómo podemos hacer flexible si tenemos unas normas internas, las cuales nos ponen en un cuadrante del cual no nos podemos salir; sin embargo, el arbitraje, de acuerdo a la ley, es flexible. Entonces, hasta qué punto podemos ir más allá, hasta qué punto podemos ir o quedarnos allí, qué cosa es fácil, qué cosa no es fácil y qué cosa es lo que nos acomoda a nosotros sin tener que reducir los riesgos, sin tener que ver que, efectivamente, las partes se sientan perjudicadas. Es decir, hay una prevención de la responsabilidad de los entes ideales, es decir, hay el deber ser y hay el ser. Hay un deber ser de los centros de arbitraje y hay un cómo somos.

Les cuento una anécdota —muy desagradable—, como para ejemplificar cómo viene el tema del *compliance*, que me pasó hace muy poco en un centro de conciliación, no voy a decir el nombre, que me llamó y me dijo «Quiero que estés en la nómina». Y le dije: «Cómo no. Muchísimo gusto, muchísimas gracias». Estaba honrada. Este centro de arbitraje tenía una página web, estaba todo muy bien, todo perfecto. De allí saqué un laudo que no le gustó al dueño. El dueño me llamó —discúlpenme, ni siquiera me estaba llamando mi secretaria arbitral, me estaba llamando el dueño, y ni siquiera figura dentro del centro de arbitraje— me dice: «Tu laudo está mal. Es más, puede ser anulable por esto y por esto». Y yo dije: «Perdóneme, pero de ninguna manera. Yo he hecho las cosas justas y creo que el arbitraje, más allá de fijarnos en los medios probatorios que nos alcanzan, y de acuerdo a eso a estudiarlos y sacar un laudo, también es un tema de justicia». También escuché a una árbitra —no en este congreso, pero sí hace dos o tres años— decir que, efectivamente, la diferencia entre el proceso judicial y el proceso arbitral era que el juez tenía un chip en el cual decía que tenía que hacer justicia. Sin embargo, el árbitro, no. El árbitro tenía que ver los medios probatorios y, de acuerdo a eso, laudar. Bueno, yo no concuerdo con eso. Efectivamente, tenemos los medios probatorios, pero creo que, al contrario, el arbitraje nos da la ayuda de poder ser justos. Y si ustedes y nosotros, los árbitros, sabemos que hay algo injusto —por a, b, c— y que la secretaria arbitral de un centro de arbitraje maneja de una manera medio turbia... Después del laudo, como no fui, me llamaron a decirme que cambiara. Le dije: «Ni hablar, de ninguna manera. Si tienen alguna duda, lo que corresponde, de acuerdo a ley, es interpretación e integración del laudo». Me vino la interpretación e integración del laudo, la contesté y la envié sin firmar porque tenía que ponerle el logo de este centro de arbitraje ya que estaba en la nómina. Un día sábado me dijeron que me habían sustituido. Y yo dije «¿Qué cosa está pasando?». O sea, y es por lo que quiero poner énfasis, hay muchísimos centros de arbitraje que no están bien. Obviamente, por la ley y por la reglamentación se dan centros de arbitraje que no tienen los valores ni la ética, lo que ha hablado Silvia en el tema de la corrupción, se dan muchísimas prácticas malas.

Lo que tenemos es hacer las cosas bien, digo e invoco como presidenta de un centro de arbitraje, porque si no, tarde o temprano esto nos va a pasar factura, y no es el tema de ganar dinero, es el tema que nos hemos formado como árbitros, como conciliadores extrajudiciales, con todos los medios alternativos de resolución de conflictos para hacer las cosas bien, para hacer las cosas justas, porque, efectivamente, el Poder Judicial, a veces, por la carga, o a veces, por los jueces, no hace justicia. Nosotros sí lo podemos hacer. Tenemos la amplitud, tenemos la flexibilidad, porque nos la da la ley, para hacer justicia.

¿Qué pasa con los centros de arbitraje? En cuanto al *compliance*, tendríamos que ver que el centro de arbitraje se tiene que manejar igual que una empresa. Tenemos que ver el tema de los riesgos, tenemos que ver de manera general se puede afirmar que la normatividad es cada vez más abundante, especializada, compleja y agresiva, obviamente, porque van pasando los años y salen muchísimas más normas legales, por ejemplo, se modifican los temas de contrataciones con el Estado. Me acuerdo de otra anécdota, cuando estaba enseñando en un diplomado de 120 horas en contrataciones con el Estado y me cambiaron seis veces la norma. Hacerlos leer a las personas que están llevando el diplomado y leerlo yo, o sea, aprenderlo, volver a dar la clase, pero eso es lo que nos inspira, por eso es que somos árbitros, por eso es que estamos en estos medios alternativos de solución de conflictos.

Las normas legales y las internas de las empresas son producidas por lo que ocurre en la realidad y representan una respuesta de organizaciones de nuestro país, y en realidad estamos en una crisis sanitaria y política que suman compromisos. Tenemos ahora el tema de la Cooperación por el Desarrollo Económico (OCDE), también los que tienen más de treinta mil soles y son personas naturales, el banco tiene la obligación de pasarle la información a la Sunat. Vemos que hay todo un proceso, el cual también involucra a los centros de arbitraje, porque los arbitrajes de determinada cuantía no son baratos, salvo arbitrajes populares como los de Arbitra Perú desde el Ministerio de Justicia, del cual estoy en la nómina. Hay otro también bastante barato, que es el del CAL, que creo que en este momento no está funcionando; pero hay algunos que son caros y hay otros que son supercaros, entonces, el tema no es la cantidad de dinero que puedas dar o lo que te cueste el arbitraje, sino si puedes obtener justicia. Obviamente, cuanto mejor es el centro de arbitraje, creo yo que son mejores los árbitros en la nómina, mucho mejor y, efectivamente, todo se va haciendo bajo un control no tanto de la institución arbitral como de los árbitros, lo cual da una transparencia muy importante, aparte de la flexibilidad, para los centros de arbitraje.

El incumplimiento normativo, como sabemos, puede acarrear consigo responsabilidad de carácter económico, pérdida de libertades personales y de acuerdo a una norma, ya hemos visto, en el año 2018 tuvimos varios árbitros procesados y algunos con prisión preventiva. ¿Qué cosa está pasando? Efectivamente, todo eso es una amenaza de la institución, de la disolución de las empresas y es por eso que el *compliance* se ha convertido en un requisito empresarial que, en este caso, vendría a ser de un centro de arbitraje, porque si bien los centros de arbitraje pueden ser una asociación, también son una empresa, porque se maneja tal cual y se tienen que seguir estos términos porque son sumamente importantes.

El concepto de *compliance*, creo que ya lo han dicho, ha evolucionado en el tiempo, y en el cual vemos que las normativas se van moviendo de acuerdo a cómo se va moviendo el mundo. La globalización, estamos hablando de algo que es muy amplio, no es algo que sea solo de nuestro país, ni de nuestros centros, es de todos los centros; sin embargo, no hay que perder de vista que el *compliance*, efectivamente, es el control interno. Entonces, ¿de quién depende el control interno de un centro de arbitraje? Obviamente, de los directores, del consejo superior y de los entes de gobierno que las dan. Es así como entendemos este concepto, comprendemos también que más allá de lo que pudiera estar en lo normativo se encuentran los riesgos comerciales puros, estrategia, crecimiento, agresividad, la competencia, ahora hay mucha competencia.

La institución de arbitraje está creciendo, eso me parece fantástico, pero no sé hasta qué punto es serio poner una cláusula, por ejemplo, una inmobiliaria poner una cláusula arbitral de su centro de conciliación preferido. Entonces, a la persona que compra un inmueble que tiene de garantía su propiedad, es como un contrato de adhesión porque lo obligan a firmar un contrato en el cual la cláusula de arbitraje está dentro de un centro. ¿Eso está bien? ¿Nos está haciendo bien a la institución? ¿Nos está haciendo bien a los presidentes de los centros de arbitraje? Creo que no.

Ahí hay que ver cuáles son los mecanismos internos que debe tener un centro de arbitraje: prevención de que no haya corrupción, es muy importante que, efectivamente, la corrupción la dejemos de lado, y a veces ni cuenta nos damos o nos damos cuenta ya cuando estamos aceptando el proceso; gestión, obviamente, tiene que haber una muy buena gestión y control; reacción, esto viene,

más o menos, con el tema del *compliance*, que hay una gestión de riesgos. Una gestión de riesgos es que los centros —hablando no como abogada, sino como un tema administrativo— deben tener un valor agregado, esa sería la reacción. Creo que lo están haciendo muy bien la CCL y la PUCP, lo tienen muy claro; otro punto superimportante es la transparencia. Ese es el contexto de toda la organización, qué es lo que tiene que hacer un centro de arbitraje, donde siempre debe tener presente uno de los ejes centrales del *compliance* es la transparencia, lo cual requiere convicción y compromiso de los jefes, los gerentes, los directores, los secretarios arbitrales; autonomía de quien tiene la responsabilidad y competencia para gestionar el *compliance*. El *compliance* no es algo que uno pueda decir son buenas prácticas, pero quién lo gestiona, debemos tener algún gestor de las buenas prácticas para una empresa que, en este caso, sería el centro de arbitraje; autoridad; y, recursos humanos y recursos económicos, por eso ciertos arbitrajes en este momento en el Perú son demasiado caros.

Debemos ver cómo regulamos eso para que, efectivamente, puedan entrar más personas a la institución de arbitraje, que es el mejor medio alternativo, porque en el arbitraje tienen la posibilidad de conciliar o de la mediación. Eso lo hacen en México, ni qué se diga en Estados Unidos, donde tienen como ocho filtros antes de entrar a un proceso judicial —entre esos están la mediación, la negociación, la conciliación, el *mini trial*, etc.—. Y en Japón tienen once filtros antes de llegar a un proceso judicial o a un proceso arbitral. Entonces, tendríamos que manejar todo ese escenario. ¿Por qué, por ejemplo, no tenemos la mediación nosotros? La conciliación no es igual que la mediación. La mediación la manejan no solo los estudios de abogados, hacen un montón de sesiones, cobran, no es una tarifa plana, como en la conciliación. Sin embargo, nosotros tenemos la conciliación, donde hay un policía detrás, que es el Ministerio de Justicia, diciendo: «sí te equivocas en esto, si tiene no tienes el libro de actas...», qué sé yo, y si das una alternativa de solución, olvídate, alguien te puede multar o puede irse a quejar al Ministerio de Justicia. ¿Por qué tenemos que hacer eso si en el mismo arbitraje podemos llegar a una conciliación?

El tema de homologar la conciliación, homologar la transacción u homologar el trato directo, lo que más se acostumbra. Homologar la conciliación no lo manejamos muy bien los centros de arbitraje, porque necesitamos un acta de conciliación extrajudicial en la cual se nos diga: «acá está firmada y sacramentada, y usted la puede homologar». Pero sí podemos homologar transacciones y trato directo, que es lo que acostumbramos a hacer en los arbitrajes. Igual, homologamos conciliaciones, pero a veces he tenido problemas a la hora de homologar una conciliación cuando no ha sido emitida por un centro de conciliación extrajudicial y por ahí meten un proceso por anulación de laudo. Tenemos ese problema y sería bueno ver —ya que estamos acá con la CCL, con la ICC y con la PUCP— cómo hacer porque, de verdad, es un poco difícil en ese sentido.

Los principios los sabemos todos: el principio de autonomía de la jurisdicción arbitral respecto de la jurisdicción judicial, es decir, el Poder Judicial no se puede meter en nuestra jurisdicción, que es la arbitral, por el artículo 41. El principio de autonomía de la voluntad de las partes, que es básico; sin embargo, acá tengo que aclarar que en el principio de autonomía de la voluntad hay un tema no peligroso, pero, efectivamente, la autonomía de la voluntad de las partes es la naturaleza del arbitraje.

¿Qué pasa cuando tenemos un arbitraje en contrataciones con el Estado? Eso siempre lo digo, y siempre me cuestionan cuando voy al extranjero a hacer una especialización o llevo un doctorado. Soy abogada de dos países del extranjero, Argentina y Costa Rica, y siempre me preguntan —la última vez fue en el 2019, que estuve un mes llevando una especialización de arbitraje en la Universidad de Salamanca— que cómo es posible la autonomía de la voluntad de las partes cuando ustedes tienen un arbitraje que es obligatorio. Claro, tenemos el arbitraje obligatorio, tenemos el arbitraje facultativo, y tenemos el arbitraje voluntario y potestativo. Entonces, hay dos doctrinas, una dice que la autonomía de la voluntad de las partes va con que al inversionista o al contratista, el que viene de otro país que contrata con el Estado, le dan un contrato de adhesión donde tiene que decir sí o no, la cláusula ya está y eso es obligatorio que vaya a arbitraje. Entonces, los países extranjeros dicen: «yo no entiendo cómo el mismo Estado peruano dice que su Poder Judicial no vale la pena —por decirlo de alguna manera— y que sí vale la pena una justicia privada?», que vendría a ser el arbitraje en contrataciones con el Estado. Lo único que me quedó decir es cómo surgió esta obligatoriedad en contrataciones con

el Estado: estábamos en un Gobierno que tenía que firmar tratados de libre comercio para hacer resurgir la economía del país, el arbitraje no puede estar ajeno a la coyuntura política que existe. En los tratados de libre comercio, Estados Unidos, sobre todo, dijo no confiar en el Poder Judicial. Entonces, la salida que se buscó fue el arbitraje abierto en las contrataciones del Estado. Esa es la respuesta política. Hay otras respuestas y tenemos varios conferencistas sobre contrataciones con el Estado en este congreso. Efectivamente, tenemos más práctica arbitral, entonces nos llaman de otros países para dar conferencias o clases, porque en ningún otro país se lleva veinte arbitrajes al año, porque no tienen arbitraje obligatorio. Los árbitros peruanos tenemos mucha «cancha», por decirlo de alguna manera, en este aspecto.

Otros principios son el *kompetenz-kompetenz* y el principio de imparcialidad y neutralidad, sumamente importante porque sin eso no podemos hacer las buenas prácticas. En general, es conveniente elaborar un código de buenas prácticas o protocolo de actuación ligados al mejor cumplimiento o inteligencia y principios que presiden el arbitraje. Tenemos que ser muy transparentes, muy éticos, muy imparciales, tenemos que ver el tema de la recusación, el tema del inhibirse como árbitros para que el arbitraje en nuestro país sea de aceptación social total. En este momento vemos que hay un índice más o menos de un 20 % que está yendo a arbitrajes en temas comerciales, siempre hay empresas que no son peruanas o empresas muy grandes, pero no vemos que lleguemos a la totalidad de la población.

Invoco a que la gente tome a los centros de arbitraje como una institución, como algo donde se puede bajar los costos, donde se puede hacer buenas cosas y, obviamente, con las mejores buenas prácticas y con el *compliance* adecuado.

Muchísimas gracias.

Marianella Ventura Silva: Gracias, por esta presentación.

Quería preguntarte si en la institución que representas ya han implementado medidas en temas de cumplimiento, o si es algo que aún no, pero que está en los planes. Si es sí, cuáles.

Rocío Cano Guerinoni: Obviamente, siempre está en nuestros planes, y sí las estamos implementando, y ya las tenemos implementadas.

Cuáles. Son las comunes, las que he dicho, la transparencia, los valores, la ética, manejar muy bien las cosas, es ver qué caso te llega y si ese caso, efectivamente, tiene algo por debajo. Es un estudio muy fuerte para ver si, efectivamente, se puede. Por ejemplo, si es un caso muy simple, les recomiendo Arbitra Perú, que es un arbitraje popular; o si es muy complicado, les recomiendo la CCI. Como digo, casi todos los arbitrajes, porque ahora tenemos esa opción, vienen de una cláusula arbitral que está en un contrato, ya está plasmado. Pero, obviamente, no me atrevería a decirle a un cliente que ponga mi cláusula arbitral, no lo haría. Creo que tiene que haber esa separación entre el cliente y centro de arbitraje, o sea que a tu centro de arbitraje lo conozcan por la ética, por los valores, por la transparencia que tienen, y si alguien quiere poner en su cláusula la de mi centro de arbitraje, bienvenido. Y si quieren venir las dos partes porque están de acuerdo, con la autonomía de la voluntad de las partes, en llevarlo en mi centro, yo encantada, pero, obviamente, hago el filtro.

Marianella Ventura Silva: Muchas gracias.

Vamos con la ponencia de María Alejandra Paz, enfocada más a un aspecto de tecnología y ciberseguridad.

María Alejandra Paz Hoyle: Muchas gracias.

Como dijo Marianella, me centraré en ciberseguridad. Ahora el arbitraje ya no es una novedad que se esté llevando por medios electrónicos. Hace mucho tiempo, instituciones grandes también

tenían estas plataformas virtuales para hacerlo *vía online*. Sin embargo, por la pandemia esto se ha vuelto más cotidiano y ahora centros de arbitraje grandes y pequeños de la capital y de provincias están implementando arbitrajes por medios electrónicos. Por un lado, se promueve el arbitraje, pero por otro lado somos conscientes de los riesgos que arbitrar de manera *online* implica. Existen ataques cibernéticos, como los denominados virus; los *malware* que son *softwares* maliciosos que podrían entrar a los dispositivos de los centros de arbitraje y robar la información; el llamado *phishing* también.

Ante estas tecnologías y nuevas amenazas, ¿qué opciones existen y qué podemos hacer los centros de arbitraje para evitar ser atacados? En primer lugar, la ciberseguridad ya es una rama que últimamente se está desarrollando y se podría definir como la práctica de defender las computadoras, los aparatos, los dispositivos móviles, los sistemas electrónicos, las redes y los datos, en general, de todos estos ataques maliciosos. También es conocida como seguridad de tecnología de la información o seguridad de la información electrónica. Tiene que ver con el *compliance* porque es el conjunto de procedimientos y buenas prácticas optadas por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos ilegales.

En primer lugar, para identificar tenemos que ser conscientes de que existen estos riesgos. Para ello, debemos tener una autorregulación, y en cada centro de arbitraje debe existir un marco de medidas para evitar estos posibles riesgos. Así como Silvia ha hablado del ISO antisoborno, muy importante, también debería haber una cultura de prevención de riesgos de ataques electrónicos, una cultura de ciberseguridad. Y, obviamente, como todo cumplimiento debe tener un monitoreo permanente.

Pensando en esto, estuve revisando que hace poco un grupo de trabajo conformado por la barra de abogados del Colegio de Abogados de Nueva York, el International Council for Commercial Arbitration, ICCA y el Instituto Internacional para Prevención de Resolución de Conflictos han aprobado un protocolo de ciberseguridad en el arbitraje. Este protocolo es un conjunto de directrices que proporcionan orientación práctica para abogados, árbitros e instituciones arbitrales, y que pueden ser tomadas como modelo. Como Karina decía, ¿por qué no tomamos los modelos de los reglamentos de la Cámara de Comercio Internacional? Ya lo tienen estudiado y esquematizado, son muy buenos. También debemos tomar como modelos, por ejemplo, este protocolo de ciberseguridad para promover esta prevención de riesgos en nuestros centros de arbitraje. Este protocolo se usa para arbitraje internacional, pero no tiene nada que ver porque los ciberataques se pueden dar, como les dije, en centros de arbitraje de Lima, de provincias, del extranjero y en todos lados.

Les voy a contar un poquito de qué trata este protocolo, sobre todo, cuáles son las aristas que tiene. Tiene catorce principios, seis anexos que te dan como modelos y siete aristas: aprendizaje y educación; administración de activos; control de accesos; cifrado (encriptación digital); seguridad en comunicaciones; seguridad física y ambiental; y, operaciones con seguridad. He tenido que conversar con un ingeniero de sistemas, porque hay algunos términos que no son cotidianos, uno los usa, pero no sabe a qué se refieren. Pero cuando les comente un poquito de cada arista se van a dar cuenta. Este protocolo también tiene en un anexo un *checklist* —un listado, si se quiere decir— de medidas de seguridad que debemos de tomar como referencia para prevenir los ciberataques.

Con respecto a la primera arista sobre conocimiento y educación, sugiere que, en primer lugar, el centro que se mantenga informado sobre estas amenazas de seguridad y las posibles soluciones. Para eso nos dice que hay foros, programas, ahora en internet uno encuentra muchas cosas y hay asociaciones especiales que te envían información específica de algo que uno necesita, podríamos suscribirnos y tener información sobre estas nuevas amenazas, cómo evitarlas y qué hacer. También hablaba de que ahora una competencia básica en un profesional es que conozca sobre prevención de estos ataques electrónicos o tenga conocimientos en ciberseguridad. Entonces, al momento de, tal vez, incluir personal dentro del centro de arbitraje deberíamos evaluar si esta persona está consciente del uso de estas tecnologías de información y los riesgos, y cómo puede hacer para mitigarlos. Obviamente, luego va a haber una capacitación, pero es importante que manejen estos conocimientos básicos en ciberseguridad. También hablaba de considerar las regulaciones gubernamentales que ya se han

aprobado, por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional tiene una guía para negocios, pequeñas empresas y estándares en seguridad. Se puede tomar como referencia.

El segundo punto habla de que el centro de arbitraje tiene que conocer sus activos y su infraestructura. Se refiere como «activos» a los equipos que maneja y tiene que identificar cuál es la información sensible y etiquetarla, catalogarla o discriminarla de la información que puede ser de acceso a una parte, de repente para abogados; otra, de repente, para árbitros de proceso, estar al tanto y tener que separarlos. También nos da como sugerencia no tener muchas copias de documentos, porque ya se van a dar cuenta de que una de las sugerencias es hacer un cifrado de cada documento, tenerlo con una clave. Después, establecer prácticas de destrucción de documentos, habilitar el seguimiento remoto y, bueno, siempre tener un *back up* de la información.

Algo bien importante es el control de accesos. Ahora que todos los archivos están compartidos en línea es importante tener programas que sean seguros, tener licencias de usuarios, tener los usuarios como administrador y como también un usuario, y limitar el acceso, no todos pueden tener acceso a la misma información. Hay que revisar periódicamente estos accesos porque pueden ser cambiados, tener cifradas contraseñas, por ejemplo. No solamente cifrar cada archivo, sino también cifrar el disco duro de la computadora que usamos en nuestros centros de arbitraje, cosa que si en algún momento es robado, no puedan llegar al sistema o a todos los archivos que tenemos. Si es que por A o B el centro de arbitraje usa también archivos digitales en la nube, también deberían considerar encriptar estos archivos.

Así, hay una serie de consejos que se podrían tomar, como este *checklist*, qué es lo que debemos hacer o no hacer y evitar estos riesgos. Siempre evitar redes públicas, no acceder a *links* juntos y protegerse también sobre la piratería visual, porque hay muchas personas que pasan, revisan y el principio de confidencialidad del arbitraje, en realidad, puede ser vulnerado de muchas formas a través de la información.

Entonces, el mensaje de hoy es tomar conciencia de estos riesgos, el arbitraje en línea, por medios electrónicos muy eficiente, puede mejorarse, pero siempre tenemos que tener en cuenta que también hay riesgos y estar al tanto de ellos para no poner en peligro nuestra institución.

Muchísimas gracias.

Marianella Ventura Silva: Muchas gracias.

En tu institución, en concreto, ¿qué lineamientos o medidas están adoptando?

María Alejandra Paz Hoyle: Como te comenté, desde el año pasado hemos implementado licencias de lo que son *softwares*, antivirus, *anti-firewalls* y todos los programas son ya certificados, no son programas gratuitos. Esas licencias te permiten administrar, por ejemplo, el borrado de documentos, los usuarios, las contraseñas, el acceso remoto, te permiten limitar la información. Tenemos una plataforma que se comparte en línea solamente para los usuarios del centro y tiene estas, se podría decir, barreras, como contraseñas, que usamos para que la información no salga a quienes no deberían tenerla.

Asimismo, veo que hay otros puntos son muy importantes que seguramente tenemos que implementar como formar partes de seguridad. Realmente, cada día salen cosas nuevas, programas nuevos, pero lo importante es esa política que tenemos de prevención y que estamos al tanto de que hay riesgos y que tenemos que proteger la información.

Marianella Ventura Silva: Muchas gracias.

A continuación, seguiremos con la ponencia de Miguel Ángel Pastor.

Miguel Ángel Pastor: Muchas gracias.

Así como nosotros tenemos conocimiento de que el uso del arbitraje ha ido creciendo a nivel internacional, también las organizaciones internacionales han volteado a mirar el arbitraje. Así como las empresas, las organizaciones criminales tienen una estructura funcional que busca, a través de algunos abogados que no guardan las conductas éticas, mecanismos para afianzar ese dinero que es obtenido ilícitamente. Dentro de ello vamos a tener una definición de lavado de activos.

En el lavado de activos, de acuerdo al profesor Blanco, es el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita. Además de ello, el doctor Prado Saldarriaga manifiesta que son servicios especializados que vienen de organizaciones criminales a otras organizaciones para asegurar el capital ilícito que estas producen y que requieren invertir y disfrutar.

Ahora bien, entendemos que a través del arbitraje podría configurarse o darse esa legalidad en la entrega de determinados bienes económicos u otros de similar naturaleza. En nuestro ordenamiento jurídico peruano, el Decreto Legislativo n.º 1106 en su artículo 1 tipifica el lavado de activos como el que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir para evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso. Asimismo, establece, en el artículo 2, los actos de ocultamiento, el que adquiere, utiliza, posee, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito se conoce o debía presumir. Y esto es importante: debía presumir. Hace referencia a que uno tiene que presumir que es ilícito para estar inmerso de los sujetos activos o un grado de participación en el delito del lavado de activos.

¿Qué es lo que nos interesa en el arbitraje? Hay tres etapas que normalmente se conocen dentro del delito del lavado de activos: la colocación, que es la puesta del dinero ilícito; la intercalación, que es a través de, normalmente, de entidades financieras; y la integración de ese dinero ilícito a los caudales lícitos de cualquier entidad o cualquier empresa.

¿Por qué el arbitraje en el lavado de activos? Lo primero, por la apariencia de licitud en la operación comercial. Lo segundo, por el efecto de cosa juzgada del laudo arbitral, pues si existe un laudo arbitral que ordene el pago de una suma dineraria a X empresa o a X persona, se presume que hay licitud, tiene calidad de cosa juzgada, es un tercero el que lo ordena y no es un acuerdo entre las partes.

Las organizaciones criminales, al principio, cuando emanaron los métodos alternativos, utilizaron la conciliación al ser un mecanismo autocompositivo, donde las partes acuerdan y los conciliadores y los centros de conciliación revisan la legalidad y no supervisan el fondo de los hechos por los cuales deberían llegar a un acuerdo. Se trasladaron a nivel internacional en arbitrajes internacionales y también en arbitrajes domésticos para perfeccionar el lavado de activos por la confidencialidad. Por los mecanismos propios que tiene el centro de arbitraje, el tribunal arbitral y lo que concede la ley al arbitraje como institución jurídica hace que sea confidencial. Y esto buscan.

¿Cómo se usa el arbitraje en el lavado de activos? Lo normal es la simulación de una controversia, hay una solicitud, una respuesta, la demanda, una contestación, y en la mayoría de casos, un acuerdo, una transacción, llegan a un monto determinado para que se homologue y se plasme en un laudo arbitral. En otros casos también se exige la controversia, la contestación es un poco débil y llegan a un laudo arbitral que ordena el pago porque el árbitro del tribunal arbitral se basa en la documentación presentada por las partes, pues no tiene las facultades del Ministerio Público para investigar la comisión o no del delito del lavado de activos y la procedencia de los fondos que están supeditados.

Y aquí viene otro detalle, también se usa en controversias de actos ilícitos, porque así como en la vida cotidiana puede haber transacciones comerciales ilícitas, hay también transacciones comerciales

ilícitas entre las propias organizaciones criminales, que las simulan y utilizan esas controversias para el pago de determinados «daños y perjuicios».

Aquí es donde nosotros, como árbitros, debemos tener especial cuidado, no porque uno tenga la conciencia y voluntad de querer cometer un lavado de activos, sino especial cuidado porque a nuestro despacho arbitral pueden llegar peticiones que tengan de contenido una simulación que permita blanquear ese dinero de procedencia ilícita, y recordemos que el lavado de activos viene, muchas veces, de explotaciones sexuales, trata de personas, terrorismo, narcotráfico y diferentes delitos graves. Internacionalmente, está penado y es rechazado por la comunidad nacional e internacional.

Obviamente, ese laudo arbitral va a ser nulo porque está afectando el orden público, si hay una controversia internacional, el orden público internacional. Y debemos tener en cuenta, bajo esta premisa, qué es lo que debemos hacer como árbitros.

Lo primero, desde mi perspectiva, es que todo árbitro, antes de aceptar el compromiso arbitral, debería hacer un *due diligence*, una pequeña investigación, si soy árbitro de parte, con mayor razón, de quién es esa parte, por qué me está designando, para tener una idea previa. Y si considera que existe una situación en donde puedes declinar esa designación, es preferible evitarla, obviamente. Pero muchas veces se da, y lo comento porque tuve un caso en donde estábamos en pleno inicio del arbitraje, y ya se había instalado, de repente sale una noticia en todos los medios en donde una persona X estaba siendo investigada por una serie de múltiples actividades de lavado de activos, y era representante legal de una de las partes, y nos tocaba hacerle declarar, habían ofrecido una declaración. Ahí es donde uno debe tener mayor cuidado, cuál es el mecanismo que uno tiene para revisar a fondo la controversia y ver si realmente es una controversia real o si se trata de una simulación. Y si se trata de una simulación, tenemos el ordenamiento jurídico civil en donde podemos dejar sin efecto o no proceder al pago y, por último, renunciar al arbitraje, que es lo que no se debería hacer. Pero debemos tener en cuenta que esta es una realidad, no podemos taparnos los ojos, sobre todo los países latinoamericanos, este tipo de circunstancias se da por todos los delitos que se pueden cometer a nivel nacional y a nivel internacional.

¿Qué sucede con los centros de arbitraje? En los centros de arbitraje, obviamente, los mecanismos antisoborno, las buenas prácticas, el *compliance* nos sirve para evitar que el árbitro se contagie, que no sea parte de. Pero tenemos que tomar en cuenta que es muy importante también la capacitación en temas de lavado de activos, a través de la Unidad de Inteligencia Financiera, etc., del Ministerio Público, la fiscalía, porque lo primero que va a hacer el Ministerio Público cuando investiga es preguntarse quién ordenó el pago: pues, el tribunal arbitral. Y no van a decir el tribunal conformado por tales personas, es el tribunal arbitral de tal centro de arbitraje. Esto va a perjudicar, obviamente, no solo a la institución arbitral, sino al arbitraje como una jurisdicción o como un método alternativo para resolver estas disputas. Debemos tener especial cuidado con este tipo de circunstancias.

Otra de las formas es cuando las partes no quieren brindar información. Considero que en algunos casos las partes no quieren y hay una sospecha del tribunal, qué es lo que haces. Si bien es cierto, existe una obligación de confidencialidad, tenemos que tener en cuenta que también por encima de la confidencialidad están algunas instituciones públicas y unos derechos que debemos salvaguardar por la seguridad, por la transparencia de nuestro ordenamiento jurídico y de nuestra sociedad, y dentro de ello está el cuidar de que no existan este tipo de circunstancias dentro de una institución que es tan positiva, como ya lo han desarrollado anteriormente dentro de toda esta conferencia.

Eso es todo, muchas gracias.

Marianella Ventura Silva: Muchas gracias, Miguel Ángel.

Quería preguntarte si considera que haya una etapa o cuál es la etapa de un proceso arbitral en el que se presenten los mayores riesgos.

Miguel Ángel Pastor: Uno como árbitro debe tener especial cuidado al momento de ver que existe un acuerdo porque, normalmente, son desesperadas estas organizaciones criminales y llegan a un acuerdo, no esperan a que el tribunal arbitral se pronuncie, para evitar que se pronuncie sobre el fondo. Entonces, si hay un acuerdo, hay que revisar los motivos. ¿Por qué están acordando las sumas, las cantidades dinerarias? Creo que ahí debemos poner nuestro sentido de alerta, porque puede ser complicado vernos involucrados en una investigación de esta índole.

Dentro de estos casos que son de conocimiento público, una de las cosas que se estaba investigando no solamente era la corrupción, la corrupción era casualmente como consecuencia para tratar de encubrir ese lavado de activos. Debemos tener cuidado de que no solamente la corrupción pueda afectar el arbitraje, también otros tipos de delito como el lavado de activos para darle legalidad a un dinero que es obtenido ilícitamente.

Marianella Ventura Silva: Gracias.

Procedamos con el panel. Ahora es el turno de Karina Zambrano.

Karina Zambrano Blanco: Gracias.

Existen centros de arbitraje grandes como un león, como la ICC; existen centros medianos como una pantera, como la Cámara de Comercio de Lima, de la Católica; y existen centros de arbitraje pequeños como la Asociación Zambrano, ADR, Peruvian Chamber, ARBITRARE. Esa diferencia hace que los problemas de los grandes, de los medianos y de los pequeños no sean los mismos. Ya ustedes hablaron de temas de corrupción, me preguntaba, ¿cuándo va a ir un corrupto o una persona que quiere sobornar a un árbitro en la manera que van a nuestros centros pequeños?

Me acuerdo la primera vez que recibí una propuesta de esas, me quedé asustada porque es algo para lo que no estás preparada enfrentar. Me acuerdo que le pregunté al doctor Fernando Cantuarias y él me dijo: «Si me hicieran eso, yo les daría una patada y los sacaría volando». Yo no podía dar la patada porque soy mujer y no era Fernando Cantuarias hace veinte años, ni me conocían.

La problemática no es la misma y lo que advierto es que, entre los árbitros, sí nos apoyamos. Por ejemplo, le pregunté a Fernando, a Montezuma: «Por favor, dame técnicas, ¿cómo debo hacer? De ahí entendí que no hay atención a personas que están en partes en conflicto, te buscan por uno u otro motivo, o van a reuniones donde tú estás. Mi vida privada se redujo a cero. O sea, yo no podía ir a reuniones porque me preguntaban de cómo iba a decidir en un caso. Ustedes saben que Cusco es una ciudad pequeña. No podía ir a actividades porque estaban buscando una reunión, un café para saber qué opinaba, de manera subrepticia, sobre determinado tema. Se tuvo que reducir a cero, muy pocos amigos de la facultad. Esto lo digo para explicarles que no solo somos árbitros o directores de centros de arbitraje, también somos humanos y podemos ser perfectos, pero también podemos equivocarnos.

Eso traigo a colación porque, por ejemplo, en los temas que comenta María Alejandra del ciberrataque, nosotros lo tuvimos. El año pasado, en este evento entraron troyanos o *hackers* al evento, con el nombre de los expositores, o sea, digamos, María Alejandra o Rocío Cano entraron como ocho o nueve con los nombres de los expositores. Asumieron la administración del evento y empezaron a poner música y cosas. Yo me quedé en *shock*. Toda la semana no podía ni sonreír porque realmente estaba muy asustada. Por eso que ahora al Zoom solo entran expositores y algunos participantes que van a ser árbitros debidamente acreditados.

Después, el tema de la transparencia. Si uno está solo, es vulnerable. No hay forma. Han visto ustedes el desprendimiento de ICC. ICC quiere que todos los centros de arbitraje y los árbitros conozcamos sus reglas, busca la transparencia, la información; pero eso no pasa en algunos centros del Perú. La invitación a todos los centros del Perú es, justamente, a entender por qué hay problemas en el Perú. Si nosotros no nos unimos como centros, los corruptos van a encontrar centros débiles,

ahorita se están constituyendo varios centros de conciliación como de arbitraje. Depende de los grandes ayudar en esa constitución, en ese crecimiento, consolidar un país. Un centro de arbitraje no solo tiene función de generar más casos o incorporar más árbitros. Un centro de arbitraje tiene también la responsabilidad de la difusión, de la formación, y también tiene la función de la reciprocidad. Ustedes son nuestros hermanos, contamos con ustedes, pero los tenemos de espaldas. En ese sentido, yo puedo acercarme a ustedes, pero qué hay de los pequeños. No pueden ni tocar sus puertas.

Debemos buscar una política de solidaridad, de reciprocidad. Todos los árbitros peruanos somos una institución. Nuestro nombre es nuestra marca, nuestra empresa. No solo nos conocen en Perú, nos conocen en todas partes del mundo, somos los que tenemos mayor experiencia: cien, doscientos casos no es por gusto.

Esto lo traigo a colación porque, justamente, advertí que dos centros de conciliación que yo conozco se convirtieron en centros de arbitraje de la noche a la mañana. Sé que algunos han llevado algunos cursos y otros no, pero advierto que están confundiendo las funciones de lo que es una conciliación con un arbitraje y que, efectivamente, esa va a ser la tendencia. Tenemos en el Perú más de mil centros de conciliación, todos esos centros en estos dos años se van a convertir en centros de arbitraje, pero si no empiezan con reglas claras, el arbitraje se va a volver un caos en el Perú, porque ya no podemos tener el secretismo, porque ahora la información es pública. Los centros de provincia ya no son de provincia porque ahora la información es pública, los centros de provincia ya no son de provincias porque todo está sistematizado, todo es *online*, ya no hay problema en la sede.

Quiero dar algunas pautas entre la constitución y la administración entre un centro de arbitraje y constitución. Primero vamos a ver las semejanzas. En el Perú tenemos más de 50 000 conciliadores, más de 5000 centros de conciliación y una lista de más o menos 500 árbitros que los conocen en el Perú. Vamos a ver cuáles son las semejanzas. Ambos, el centro de conciliación y de arbitrajes, se constituyen como asociación, es decir, tiene que ser una persona jurídica sin fines de lucro. Ello no quiere decir que no puedan recibir ganancias, sino que con sus propias ganancias se pague, se administre y funcione.

Segundo, los centros de conciliación y arbitraje deben tener una infraestructura y, por excelencia, los centros de conciliación tienen esa infraestructura, mínimo dos ambientes, dice la norma. La organización administrativa tanto en los centros de conciliación y arbitraje tiene a la secretaría y notificadores; ambos tienen un libro de ingreso; un registro de conciliaciones y/o arbitrajes; un registro de actas y/o laudos; un registro de notificaciones o, por lo menos, un notificador; un archivo de expedientes. Dicen que en la conciliación no es obligatorio, pero algunos centros lo hacemos. Hace medio año he desempolvado expedientes de hace diez años y los honorarios son de acuerdo a la oferta y la demanda. Claro, excepto en los temas de arbitraje en contrataciones del Estado que el OSCE establece una tabla por temas de dedicarte más, de corrupción.

¿Cuáles son las diferencias entre ambos? La premisa mayor es que si alguna persona jurídica desea dedicarse al arbitraje, por excelencia, va a ser primero un centro de conciliación, que ya tiene la *expertise*, el *know-how*, ya sabe cómo administrar una empresa pequeña.

Pero, por ejemplo, para obtener un registro como centro de conciliación tienes que pedir autorización de funcionamiento al Ministerio de Justicia, que registre tu local, mandarle tu acta de constitución, quiénes van a ser tus directores, etc. Tu director del centro, tu secretario, finalmente, el abogado, tienen que ser conciliadores. Pero los funcionarios del Ministerio de Justicia no son conciliadores, les comento. Eso exigen en la norma, pero ellos no tienen ni idea de lo que están administrando. En los centros de arbitraje no se requiere autorización del Ministerio de Justicia. Los órganos directivos no requieren ser árbitros o abogados de la asociación. No estoy hablando del consejo superior.

En el caso de que los actos administrativos, los centros de conciliación están regulados por el Ministerio de Justicia. Por ejemplo, tienes que enviarle al Ministerio de Justicia cuándo ingresa un conciliador, cuándo ingresa un abogado o ya quién es el director, quién es el secretario. Cada vez que

cambias un funcionario pones en conocimiento al Ministerio de Justicia. Antes demoraba hasta seis meses en decirte que lo aprobaba, ahora, por la pandemia, ha sacado una directiva que es automático; en cambio, los actos administrativos de los centros de arbitraje se regulan por sus propios actos, por su libro de actas. Si quiero tener una relación de nuevos árbitros, lo pongo en mi libro de actas, no necesito tener la autorización de nadie.

El Ministerio de Justicia supervisa los centros de conciliación y conciliadores. En el arbitraje nadie nos supervisa, uno mismo se autorregula. El reglamento es autorizado por el Ministerio de Justicia, tenemos nuestro reglamento propio. Por eso, incluso, podemos copiar el reglamento de la CCI, tal cual. El procedimiento de conciliación se regula por ley con plazos de estricto cumplimiento. Aquí tienes que notificar no menos dentro de tres días hábiles, la audiencia tiene que ser no menos dentro de cinco días, etc. En cambio, en el arbitraje, el procedimiento es abierto, flexible, pero tienes que respetar primero el debido proceso y tener en cuenta la Ley de Arbitraje y el Decreto de Urgencia n.º 020-2020. Debes enviar al Ministerio de Justicia las estadísticas cada tres meses, lo que nos sirve como mejora: no enviamos a nadie.

Archivo de expedientes. No hay en los centros de conciliación, porque una vez cerrado el centro de conciliación se devuelve al Ministerio de Justicia, entonces, si uno ha hecho una conciliación en un centro de Ayacucho, si se cerró ese centro, tiene que ir al Ministerio de Justicia de Lima para obtener esa acta. En cambio, el arbitraje, como les dije, podemos tenerlos diez años en custodia. El Ministerio de Justicia supervisa los centros de capacitación y capacitadores, es decir, para ser conciliador se tiene que hacer primero un curso y la organización que dicta el curso es primero autorizada por el Ministerio de Justicia y supervisada por el Ministerio de Justicia; en cambio, en el arbitraje la capacitación es libre.

En algo tenemos diferencias de fondo que ustedes conocen. Primero, la asistencia a una audiencia de conciliación es personal *per se*, esa es su naturaleza. Incluso, ahora quieren cambiar la norma porque no pueden hacer audiencias por Zoom porque piden la presencia física de la persona, pero ¿puede ir un representante? Sí, con poder por escritura pública, mínimo, y es mejor que sea inscrito en Registros Públicos porque la premisa es personal. En cambio, en los arbitrajes la audiencia, la asistencia a la audiencia es personal, pero si no puedo ir, mando a alguien con carta poder simple. Eso facilita. El centro de conciliación impulsa la conciliación, pero en el caso de los arbitrajes, el árbitro es quien impulsa el proceso arbitral.

¿Qué han hecho los centros de conciliación? Ellos creen, los directores y los secretarios, que los árbitros somos sus árbitros, o sea ellos nos dicen cuándo decidimos una cautelar, cuándo admitimos un trámite, cuándo no admitimos, cómo lo hacemos, cuánto vamos a ganar. El tema de contratos con el Estado está caro, pero para lo demás podemos tomar en cuenta la tabla de honorarios de OSCE, de la Cámara de Comercio de Lima, de la Católica, de la ICC. En el caso de los centros de conciliación, el secretario está adscrito al centro no al conciliador; pero en el caso de los centros de arbitraje, el secretario es elegido por el árbitro en los casos *ad hoc* y en los casos institucionales, el secretario actúa en función al árbitro. El secretario nos asiste. El secretario no puede decirme cuándo decido sobre una medida cautelar. El conciliador no decide, el conciliador certifica el acuerdo o no en un acta de conciliación, acredita que haya un acuerdo; en cambio, el árbitro decide, toma una decisión, lo que se llama laudo arbitral.

La facultad de los conciliadores es facilitar la comunicación, proponer fórmulas conciliatorias. Decisión no tienen, pero los árbitros sí y, además, cuentan con un consejo superior, consejo de ética en los arbitrajes institucionales que puede regular sus actuaciones en casos de cuestionamiento o una recusación. En los arbitrajes *ad hoc* no hay un consejo superior, en ese sentido, el mismo árbitro es el que tiene autorregularse, porque la ética no puede ser algo que venga de afuera, tiene que salir de adentro. ¿Qué va a generar perversión? Lo externo, la sociedad, la ambición. Pero existe un impedimento para conciliadores y árbitros: es que el árbitro o conciliador no puede ser abogado o asesor de las partes. Esta es la más importante de las reglas de la IBA.

El otro tema. Es excelente la competencia. Yo estoy de acuerdo con la competencia, pero no estoy de acuerdo con la incompetencia. No estoy de acuerdo con el secretismo, la deslealtad, la deshonestidad. Nuestro centro de arbitraje hace estos cursos. Este congreso tiene por objeto incorporar árbitros. Pensé: ¿cómo puedo incorporar árbitros a mi nómina? Primero, los expositores. Son los primeros en ser llamados porque son los que están vigentes. Desean exponer y escuchar porque cuando uno es expositor también escucha, aprende.

Pero también invitemos a los participantes. Aquellos que estén interesados en ser árbitros, resolver conflictos, dedicar su vida a resolver conflictos. Esta es una actividad loable. Si ahora tenemos varios alumnos, bienvenidos, ustedes van a ser parte de nuestro registro. Algún día nos reemplazarán.

En cuanto a los reglamentos, tienen el reglamento de la Católica, de la Cámara de Comercio de Lima, nuestro reglamento, el del ICC, que es un reglamento debidamente comprobado y efectivo. Esta es nuestra página web: <<https://asociacionzambano.org/>>, donde tenemos un registro «Relación de árbitros». Por ejemplo, en la relación de árbitros están todos los expositores que dictan en este evento y van a seguir ingresando, mientras sean expositores o participantes. Tenemos que asegurarnos de que escuchen lo que pensamos, que tengan la misma línea de principios, porque la corrupción ingresa solo mientras estamos solos, nos hace vulnerables. Tenemos que unirnos. El consejo de la ICC tiene que convocar a todos los demás centros que tienen una experiencia acreditada para restaurarnos, para realizar buenas prácticas y protegernos entre nosotros.

Muchas gracias por su atención.

Marianella Ventura Silva: Muchas gracias, Karina. Comparto mucho de lo que nos has comentado.

Quería preguntarte, desde tu experiencia, ¿cuáles son las condiciones que debería cumplir un centro de arbitraje —las básicas, las esenciales— para no entrar en este caos de centros de arbitraje que nos has mencionado en tu exposición?

Karina Zambrano Blanco: La capacitación. Mira, aquí está mi secretaria arbitral, Violeta. Ella tiene que estar en esta ponencia, no hay otra forma, es la capacitación, porque el tema de la integridad no se enseña, eso ya viene contigo.

Pero también somos vulnerables, porque, por ejemplo, si hablan mal del centro de arbitraje de la Cámara de Comercio, de la Católica, son entidades que se reponen rápidamente; pero para nosotros el nombre es nuestra marca. Qué pasa si quieres desacreditar a Karina Zambrano o a Rocío Cano o a Miguel o a María Alejandra, lo hacen en una. Cuesta levantarnos, así somos más vulnerables. Es en serio. Ese es el problema con los chiquitos, por eso necesitamos protegernos.

Marianella Ventura Silva: Eso es verdad. Mi consejo sería que en cualquier situación donde no la vean clara, abstenerse de estar cerca, de administrar ese caso o lo que fuera, porque, como bien dices, la reputación es tu marca y si hay algo que la afecta, es muy difícil reponerse.

María Alejandra Paz Hoyle: Quería hacer una pregunta porque, justamente, Silvia ha conversado sobre el ISO, muy interesante y, realmente, todos deberíamos aspirar a eso. Pero también está la norma peruana de la SBS que establece un grupo de sujetos obligados a tener un oficial de cumplimiento. En este caso, el centro de arbitraje de la Católica ha querido poner un oficial de cumplimiento para que se encargue de velar por todos estos actos anticorrupción, pero no están legalmente obligados.

En todo caso, la pregunta sería, ¿consideran que debería incorporarse esa ley de la SBS sobre incluir a los centros de arbitraje como sujetos obligados a tener un oficial de cumplimiento?

Marianella Ventura Silva: Bueno, definitivamente, da mayores garantías. A nivel de Cámara de Comercio también tenemos políticas. Si tenemos una política de cumplimiento, tenemos un oficial de

cumplimiento —lo hemos implementado desde finales del año pasado— y tenemos una serie de medidas que tomamos. Nuestro plan de cumplimiento se basa en la buena fe de las partes cuando presentan una solicitud de arbitraje o una contestación a la solicitud, o también los árbitros tienen que completar una declaración jurada, que es examinada a nivel interno. Si es que hay cualquier situación que pueda generar un riesgo, es evaluada por el oficial de cumplimiento. En nuestro caso, yo considero que es recomendable.

Silvia Rodríguez Vásquez: En el caso de implementar este sistema de cumplimiento, este sistema de gestión antisoborno, uno de los requisitos es que tengas ese oficial de cumplimiento, lo debes de tener. Puede ser dentro de tu institución o incluso hasta puedes indicar que sea fuera de la institución. En nuestro caso, como somos una unidad que tiene diversos servicios, nuestro oficial de cumplimiento si bien está en el centro, no pertenece al área de arbitraje. Entonces, definitivamente, si vas a incorporar el sistema antisoborno del ISO 37001, necesitas al oficial de cumplimiento para todos los alcances del servicio. Por ejemplo, en el caso de la Católica, el Sistema de Gestión Antisoborno alcanza a todos los servicios que se refieren a arbitraje, capacitación y conciliación, porque cada uno puede elegir, de repente otra institución pone su sistema antisoborno para otros procedimientos, para otros servicios.

En el caso nuestro, específicamente, tenemos para esos tres servicios y el oficial de cumplimiento es una persona que no está dentro del área misma de arbitraje porque esa persona va a recibir las denuncias, toda esta problemática, tiene que decir cómo está yendo e incluso ser muy estricto en ese tema. a a trabajar en especial con las auditorías, cuando vengan las auditorías de recertificación o auditorías de mantenimiento del sistema.

El trabajo de este oficial de cumplimiento es bastante arduo y creo que a muchas personas les interesaría, de repente, tener ese tipo de capacitación, porque tienen que capacitarse incluso para ser auditores y cumplir con esta función.

María Alejandra Paz Hoyle: Claro. Sobre todo, preguntaba si consideran que es necesario que la Ley de Prevención de Lavado de Activos determine ciertas personas, ciertas empresas, ciertos sujetos que están obligados, como los casinos, como los bancos, como los notarios, a reportar estos posibles casos de lavado de activos, entonces deben tener un oficial de cumplimiento. ¿Consideran que es necesario o sería limitante imponer, involucrar o incorporar a los centros de arbitraje como sujetos obligados también a tener este oficial de cumplimiento? Porque, en realidad, lo otro es para certificarte con un ISO, que me parece excelente, pero no es que legalmente estén obligados, es algo voluntario y que va de acuerdo a las políticas de *compliance*; pero, normativamente, ¿debería imponerse o estaríamos restringiendo algo? ¿Cuál es su opinión?

Silvia Rodríguez Vásquez: En el caso de la Católica, que represento —es una opinión que tengo del tema de lavado de activos—, me parece que esta situación excede, en realidad, la actividad que hacemos.

Sin embargo, creo que ante una situación que se pueda presentar —incluso que no esté normativamente y que no me parece necesario, pero aunque no esté normativamente—, el tener el sistema de cumplimiento impuesto por política del propio centro es una protección. Entonces, ante cualquier situación pedirá, de repente, una fiscalía alguna información, se le dará toda la información que se tenga, pero no como una obligación, porque está más allá de lo que nosotros estamos haciendo.

Miguel Ángel Pastor: Para complementar, María Alejandra.

Considero que, como dice Silvia, no es necesario que la ley lo establezca acá. Casualmente, por la propia naturaleza y la actividad, si tú quieres cumplir con ofrecer medidas de cumplimiento, o un ISO a través de un ISO 3007 que es antisoborno, puedes hacerlo y tienes un oficial de cumplimiento. Pero, por ejemplo, en el tema de las cámaras de comercio, la ley —casualmente, el Decreto Legislativo n.º 1249— establece que tienen la obligación de proporcionar la información necesaria cuando sea

requerido por la Unidad de Inteligencia Financiera, porque la Cámara de Comercio tiene una actividad un poco más amplia que el propio centro de arbitraje.

Karina Zambrano Blanco: Hemos escuchado la ponencia de Katherine y vemos la tendencia de la ICC a los mecanismos alternativos, la negociación, la mediación, la conciliación, creo que deberíamos evolucionar y ya no solo ser centros de arbitraje, sino centros de MARC, es decir, donde tenga la persona que va tenga la capacidad de elegir un negociador, un mediador, un conciliador y un árbitro, podríamos dar un abanico de posibilidades a las partes para resolver sus controversias. ¿Qué opinan al respecto?

Silvia Rodríguez Vásquez: Adelantándome a lo que puedan decir los demás, nosotros tenemos esto. acá está el doctor Guzmán-Barrón, que cuando empezó él la aventura de este centro empezamos como centro de conciliación, continuamos como centro de conciliación. Él —visionario— vio también el tema de lo que es el arbitraje, vio también lo que eran los conflictos socioambientales, mesas de diálogo, etc.; y, en realidad, nosotros tenemos un abanico, el último servicio que tenemos que también lo dejó implementado el doctor César son las juntas de resolución de disputas.

Entonces, sí tenemos nosotros eso. Coincidimos perfectamente con lo que tú dices, Karina porque, efectivamente, nosotros como centro, en general, queremos darle todas las posibilidades a las partes para que resuelvan sus controversias, ya sea a través de conciliación, mediación, arbitraje o cualquier otro mecanismo que ellos, incluso, nos piden. A veces, hay mecanismos que ellos inventan en su contrato y nos piden, «por favor, impleméntalo». Lo hacemos. Y hay otra área, que es el área de consultorías que, precisamente, ve los temas de mesa de diálogo y que el doctor César Guzmán-Barrón también la implementó desde hace muchos, muchos años, y que ahora la directora actual, Marlene Anchante, también está conduciendo.

Rocío Cano Guerinoni: Yo quería agregar algo, si me permiten.

El tema del trato directo, en una negociación, en un arbitraje, es sumamente importante. Veo que, efectivamente, los centros de conciliación, bien nos ha dicho Karina y otros expositores a lo largo de este congreso, tenemos allí al policía atrás que es el Ministerio de Justicia. Sin embargo, en el arbitraje somos un poco más libres, pero tratamos de llegar a un acuerdo con las partes. Como lo dije en mi ponencia, es un poco difícil homologar con una conciliación extrajudicial que no salga dentro de un centro, pero lo hacemos mediante el trato directo, la negociación o una conciliación en la cual homologamos. Pero, en mi práctica, ¿qué cosa he tenido que hacer? Que la firme notarialmente porque, obviamente, no está acreditada como un centro de conciliación extrajudicial.

Me parece importantísimo lo que acabas de decir. Si todos los centros de arbitraje fueran centros de MARC, es decir, de todos los medios alternativas de solución de conflictos, de los cuales en Perú no tenemos uno muy importante que es la mediación y lo deberíamos de tener legislado. No lo tenemos, en este momento, pero creo que sería fundamental, nos abriría un abanico de posibilidades y nos ayudaría a lo que todos queremos lograr, la cultura de paz, y no solo eso, sino la justicia. La justicia para la gente que acude a nosotros como centro de arbitraje, como centro de conciliación o como centros para que lo ayudemos en sus conflictos.

Karina Zambrano Blanco: Integrar los MARC, o sea, la función solo nos corresponde a nosotros. Un abogado no va a integrar los MARC, no le interesan los MARC, a un juez, tampoco. Pero a nosotros, sí nos interesa integrarlos. Creo que es la enseñanza de este panel. Gracias, Marianella. Aquí está Joao de Brasil, mira. Él integra también la mediación. Está con la mediación sistémica. Es excelente.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Un pequeño comentario. Esa es la verdadera reforma de justicia en el Perú, que los operadores tengan toda esta gama de medios alternativos instalada, pero no la hemos entendido. Habría mucho que mencionar sobre eso.

Marianella Ventura Silva: Muchísimas gracias. Damos por terminado este panel. Cuidense mucho.

PANEL III

CONFERENCIA MAGISTRAL DE VIDA: ¿CÓMO SE FORMA UN CENTRO DE ARBITRAJE?

César Guzmán-Barrón Sobrevilla

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Gracias. Espero que no se aburran porque lo que voy a compartir son experiencias. 1980 es cuando yo me inicié en el arbitraje y ahora estamos 2021, es decir, varios de ustedes no habían nacido para el arbitraje, quiero decir, porque no serán tan jóvenes, ¿verdad?

Quisiera, en primer lugar, ver un poco lo que ha sido mi vida y compartir mi experiencia.

Me inicié en el arbitraje en 1980, luego les voy a enseñar cómo. Formé Cearco, que es un Centro de Arbitraje Comercial, el primer centro que se formó en el Perú. Formé luego un Centro de Arbitraje en Costa Rica, porque nadie es profeta en su tierra, y colaboré en la formación del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, y, evidentemente, formé el Centro de Arbitraje de la Católica. Es decir, mi vida ha pasado muchos años formando centros.

En 1980 inicié en la Universidad Católica el primer curso de Derecho de Comercio Internacional. No se dictaba antes en ninguna universidad del Perú, y parte del curso era arbitraje comercial internacional, lo cual me obligó a conocer de este tema. No era, precisamente, un tema de mi especialidad, no se enseñaba, no había mayor experiencia. Luego, ese mismo curso lo dicté en la maestría de Derecho Internacional Económico de la Católica, y en el curso yo incluía lo siguiente: los reglamentos de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional —de los cuales hoy Katherine ha contado sobre los últimos textos y versiones— y del CIAC, que también estaba vigente en aquella época. La Ley Modelo Uncitral de esa época ya la conocía. Tuve una reunión con la gente de Uncitral para conocerlos estando en Viena, y luego la norma del procedimiento arbitral del viejo Código de Procedimientos, estoy hablando del viejo Código de 1911-1912. Esa era la base para enseñar. Imagínense ustedes la base para enseñar. En el Perú no había un centro y no había legislación. Sin embargo, en esa forma me inicié en el arbitraje.

Quisiera contar cómo seguí en este camino como asesor del Fopex. Era gerente legal del Fopex, el Fondo de Promoción de Exportaciones en el Perú, y, como gerente legal, incluía como un servicio a los exportadores al arbitraje. Les preguntaba a los exportadores, porque los asesoraba en sus contratos de exportación, ¿por qué incluyen la cláusula arbitral que viene de afuera? —«Es que no hay ninguna aquí en el Perú»—, era su respuesta. Entonces, propuse incluir una cláusula de algún centro. Las normas de la Cámara de Comercio de Lima eran muy incipientes, muy insuficientes, no eran propias de un centro propiamente dicho, y entonces, nació Cearco.

En 1982, Cearco se forma con Fopex como auspiciador y Acción para el Desarrollo, que dirigía Jorge Villegas, que en paz descansa. Integraron el equipo, vale decir, la nómina inicial de junta directiva: Ulises Montoya, que ustedes conocen muy bien, y Jacobo Rey, que también en paz descansa. Cearco incluía la cláusula arbitral, tengo el reglamento, además firmamos un acuerdo con CIAC para representar a CIAC en el Perú. Es decir, avanzamos en el primer centro de arbitraje en nuestro país, auspiciado, desde el punto de vista del Estado, por el Fondo de Promoción de Exportaciones, y desde el sector privado por Acción para el Desarrollo.

¿Cuántos casos vio Cearco? Muy pocos. ¿Todavía funciona? Ya no. Alguna vez, en el Centro de la Católica, nos han traído un contrato con cláusula Cearco, es una cláusula patológica. Evidentemente, habrá que interpretar y buscar, efectivamente, la voluntad de si ir a un centro y habrá que buscar y preguntar a las partes qué es lo que desean.

Así nació el primer centro de arbitraje en Lima. Luego, aunque a ustedes les parezca una historia un poco vieja, Hugo Sologuren se acordará que me invitaron a almorzar al Club Nacional, ¿y quién estaba ahí? Samuel Gleiser, que en paz descansa, el presidente de la Cámara de Comercio de Lima, y Hugo. Desde esa época nos conocemos con Hugo. Ahí conversamos sobre la conveniencia de dos tareas, y yo asumí con ellos feliz dos compromisos, porque venía de enseñar Comercio Internacional, Arbitraje, etc. La idea era que colaborara en la formación del Centro de Arbitraje de la Cámara, y en

segundo lugar, colaborara en la instalación de la sede de la Cámara de Comercio, en la Cámara de Comercio Internacional en el Perú, es decir, CCI Perú. En ambas cosas participé con mucho entusiasmo gracias a la benevolencia de Samuel y de Hugo, que me encargaron el trabajo con recursos A y D.

Y en 1994, no sé si el año es exacto porque me puedo equivocar, mi memoria no es tan fiel, se crea el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Propusimos el reglamento, el Código de Ética, el tarifario y el registro de actas. Samuel llama y me dice: «César, necesitamos un secretario general. ¿Tú no podrías ser?». —«No», les dije, «a mí déjame tranquilo como consultor». Entonces, yo dictaba el curso de Comercio Internacional en la maestría de Derecho Internacional Económico y uno de mis alumnos era Franz Kundmüller, quien estaba muy interesado en el arbitraje. Le propuse a Samuel que lo entrevistara y, finalmente, se aprobó la designación. Franz fue el primer secretario general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. CCI Perú funcionó en la Cámara de Comercio de Lima un buen tiempo, algunos años, pero luego, por diversas razones, cerró CCI Perú.

En esta historia, porque nadie es profeta en su tierra, también formé el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Yo amo esa tierra, estuve muchos años trabajando con ellos, y en 1993 dicté cursos en Costa Rica de temas de comercio internacional, transporte internacional, seguros en el comercio internacional, etc., etc. Entre los cursos, me pidieron que dictara un curso sobre arbitraje. Entonces, me entusiasmé, era un curso de una semana completa y monté un curso de arbitraje con simulación. Hoy día parece que la simulación es moderna, bueno, es tan vieja como 1993. Y ahí formamos un caso de escepticismo hipotético con los alumnos, se formaron grupos, las partes, los árbitros y nos basamos en el reglamento CCI. ¿Por qué? Porque no había un reglamento, no existía un centro de arbitraje en Costa Rica. Se me acercaron los miembros de la Cámara de Comercio que también asistieron a este curso y pidieron que ayudemos a montar un centro. Me dijeron, «tenemos recursos E, G, T, Z para que te vengas un mes completo», me fui un mes completo a Costa Rica y montamos el centro de arbitraje de Costa Rica. Esa es una satisfacción personal.

Propuse el reglamento, el Código de Ética, el perfil del árbitro, la cláusula modelo, analizando también las normas costarricenses. Evidentemente, en aquella época no tenían una ley de arbitraje, pero sí había normas especiales que había que tener en cuenta. El centro, como creo que ustedes saben, sigue funcionando y organiza congresos internacionales de arbitraje en los que en más de una oportunidad he participado. Entonces, para mí es una satisfacción haber participado en la creación del primer centro de arbitraje en el Perú, del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y del Centro de Arbitraje de Costa Rica. En consecuencia, cuando me preguntan cómo se forma un centro, la verdad es que tendría mucho que decir.

Pero, evidentemente, de lo que quiero comentarles ahora es de mi vida en el centro de la Católica. ¿Cómo se forma el centro de la Católica? La ley de arbitraje en el Perú es una copia (*copy* y *paste*) de la Ley Modelo Uncitral, lo cual me parece extraordinario, lo sé porque tenía la ley a la mano, pero al autor de la ley se le olvidó un capítulo. Entonces, se dictó una nueva ley para completarla. Así salió la primera Ley de Arbitraje y luego la ley modificatoria que estuvo vigente durante tantos años hasta que se dictó la famosa última ley, que es una Ley Modelo, ciertamente. Se suprimió el Rulcop, que era el reglamento para la contratación pública. Ese antiguo Rulcop se modifica por la Ley de Contrataciones del Estado y es Ricardo Gandolfo, quien dice que influyó para que se incluyera el arbitraje como uno de los medios alternativos, junto a la conciliación, pero, en este caso, el arbitraje obligatorio, por lo cual hoy día muchos gozan, otros sufren, depende de cómo lo queramos ver.

Desde 1997, el Perú es el único país en el mundo en que el arbitraje es obligatorio de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado. En 1998 integré el primer tribunal de arbitraje *ad hoc* en materia de contratos con el Estado. Uno de mis coárbitros era Carlos Cárdenas, que creo que es conocido por ustedes. Ahora, los arbitrajes *ad hoc*, a partir de la ley obligatoria de arbitraje, se empezaron a desarrollar intensamente, a tal nivel que, a diferencia de lo que pasaba en el mundo, más del 70 % de los arbitrajes se hacían *ad hoc* y muy escasos arbitrajes institucionales, evidentemente, porque no había. Estaba la

Cámara de Comercio de Lima y no había mayor centro de arbitraje porque Cearco funcionaba a medias.

En ese tiempo, se dicta la Ley de Conciliación Extrajudicial, que conoce muy bien Karina, y seguí un curso como conciliador. Mi querido amigo Miranda fue el que organizó ese curso, me dijo que tenía pasta de conciliador, le dije encantado. Luego, repliqué ese curso en varios cursos en la Católica. En la Católica llegamos a formar mil conciliadores, dictando cursos en la universidad. La universidad encontró en la conciliación una forma de disminuir la carga judicial y de crear un clima de paz.

Y viendo todavía los antecedentes, el 1 de septiembre de 1999, la universidad forma el centro de conciliación. Salomón Lerner, el rector, me dice que le presente una propuesta. La Ley de Conciliación, como saben muy bien ustedes, obligaba que tenía que ser una entidad que contara conciliar entre sus objetivos. Fue necesario que se reuniera la Asamblea Universitaria y aprobara la adjudicación y los estatutos (artículo 54), donde se incluyeron tres funciones como clima de paz de la universidad: la función conciliadora, la función arbitral y otros medios alternativos. Es decir, la labor conciliadora y arbitral de la Católica se incorpora en sus estatutos como una asociación sin fines de lucro. Cuando salió la resolución ministerial del Ministerio de Justicia creando el centro de conciliación me llamó Salomón y me dijo: «César, tú serás el director» y acepté. Por ahí me encontré con Marlene Anchante y le dije: «Marlene, ¿sabes qué? Hemos creado el centro de conciliación, ¿por qué no eres secretaria general?». —«Ya, doctor, encantada». Y por ahí me encontré a Silvia Rodríguez: «Necesitamos a alguien que vea conciliación». Y lo armamos: el Centro de Conciliación de la Católica. Nos dieron una de esas casetas que tiene la Católica, que era el Instituto para la Paz, que tenía a su cargo un exrector de la universidad, Felipe McGregor. Ese Instituto para la Paz fue el local donde nosotros inauguramos el centro. Con todas las características, mesa redonda, colores que no sé, asesor legal. El asesor legal fue inicialmente Silvia, etc., etc. Y se formó el centro de conciliación.

Estábamos absolutamente convencidos de que este era un proceso que iba a albergar los objetivos esperados, es decir que más del 30 % de los casos del Poder Judicial pasarían a conciliación. Lamentablemente, la situación no fue así. Nuestro principal enemigo, lamentablemente, eran los propios abogados que consideraban que les estábamos quitando el trabajo. Habría mucho que hablar sobre el particular, y después de unos años yo presido una comisión revisora de conciliación, nunca me hicieron caso en el proyecto y lo guardaron en una carpeta.

El 2 de febrero de 2002 nace el centro. Al ver que había la función arbitral, yo decía: «Si hay la función arbitral, instalemos en el centro nuestro el arbitraje». Y así el centro de conciliación se convirtió en el centro de conciliación y arbitraje. Presentamos el reglamento, normas de organización, normas para árbitros que incluyan la parte de ética, normas para los secretarios, registro de árbitros y el tarifario. Esto fue aprobado por el consejo universitario y el centro se inaugura el 2 de diciembre de 2002.

En el 2003 notamos que había poco avance, en un año teníamos siete casos. Había que difundir el centro porque los *ad hoc* andaban creciendo inmisericordemente. En la Cámara de Comercio de Lima no había muchos casos tampoco de contrataciones con el Estado. Este poco avance nos hizo notar dos cosas: que era necesario difundir y que era necesario dar cursos de formación. Y se dictó el primer curso virtual de formación de árbitros a nivel nacional, a propuesta nuestra y fue el primer curso virtual que se dictó en la Católica de cualquier materia, sobre temas arbitrales. Esto nos hace notar cómo se ganó la Católica este esfuerzo, este interés que tenía detrás de ofrecer medios alternativos de solución de conflictos. En ese curso, recuerdo muy bien, a mis amigos del centro los molestaba, les decía: «Todos los que tengan más de 16 de nota pasan automáticamente al registro de árbitros de la Católica». Evidentemente, todavía no había los actos conocidos lamentablemente de corrupción, lavado de activos, etc., y una serie de personas me decían: «Oye, pero no me nombran árbitro». —«Es que las partes te tienen que nombrar, no tenemos casos todavía, etc., pero ya estás en la nómina». Esa fue un poco la historia de este primer curso virtual que luego fueron ene cursos virtuales de formación que podía nuestro centro seguir dictando en las diplomaturas obligatorias, de acuerdo a las normas

del OSCE relacionadas a contrataciones del Estado, arbitraje y el tema de derecho administrativo. Es decir, la formación del centro tiene una historia que pasa por la fundación, si no me equivoco, el 1 de septiembre de 1999.

En conciliación, a fecha de ayer —a Silvia le pedí el dato—, tenemos 3501 casos conciliados; y el centro de arbitraje que nace el 2002 tiene 3312 casos de arbitraje. Es decir, empezó a crecer exponencialmente, hoy sigue creciendo y, como saben, a partir del 2014 se incorpora en el centro lo que es la junta de resolución de disputas, primeramente denominada —y además desde su origen— *dispute boards*.

¿Cómo surgen los *dispute boards*? Aquí también quisiera anotarles un poco mi idea personal. En el 2013, ustedes saben, en el centro nos alcanzaron unos casos un poco extraños que se llamaban «conciliación decisoria» y después nos enteramos de que no era conciliación decisoria, era algo que se llamaba *dispute boards*. Aparte de que la frase me pareció un poco extraña, quise enterarme de qué era y coincidimos con abogados muy buenos de Cosapi, de buenos estudios y el propio Carlos López, en aquella época, nos reunimos y dijimos lo primero que debemos tener es un reglamento. Entonces, elaboramos un reglamento que se basó en el reglamento de la CCI y también de la organización que promueve *dispute boards* en el mundo y sacamos el primer reglamento. Pero, a su vez, este reglamento es para JRD privada y, además, ideamos el nombre de «junta de resolución de disputas» que no existía en aquella época. O sea que si alguien tiene la culpa de ese este nombre un poco pesado: junta de resolución de disputas, es este joven.

Logramos la presencia en Lima de Agenor Correa, a quien yo había visitado antes, el gerente legal del Canal de Panamá. Ustedes saben que el Canal de Panamá tiene hoy en día un segundo ramal que es tan grande o mayor que el otro, o sea, es inmenso, una obra de billones de dólares. Y este canal se había desarrollado en un periodo con base en *dispute boards*. Entonces, fui y conocí cómo era el sistema e a Agenor para que venga al Perú. Igualmente, invité a Roberto Fernández, que todos ustedes conocen, el mexicano que promueve los *dispute boards*, es decir, él parece el sacerdote de los *dispute boards*, los promueve totalmente. A ellos los llevamos al OSCE y les dijimos: «Nosotros no somos profeta en nuestra tierra. Acá están estos señores que les van a contar, uno su experiencia en el Canal y otro su experiencia en México». Se terminaron convenciendo y al poco tiempo, en una reunión que hubo del CADE —noviembre del año 2014— el ministro de Economía de aquella época anuncia la junta de resolución de disputas para el caso de contratos de asociación público-privada, que creo que todos ustedes conocen.

Yo creo en algo se ha dicho hoy día. Me encantó la respuesta que Karina: «¿Qué se necesita para crear un centro?», y ella dijo: «Capacitación». Lo bueno detrás de este centro que es de la Universidad Católica es, precisamente, que desde su origen la Católica se dedicó a formar conciliadores, a formar árbitros y, evidentemente, medios alternativos de resolución de conflictos que no voy a mencionar ahora, que ha sido una misión que he tenido durante mucho tiempo y que me encanta que es la solución de conflictos socioambientales. Se hizo difusión y actualización. Escuchen: se han organizados catorce congresos internacionales de arbitraje desde el 2007, con el auspicio y apoyo de Mario Castillo Freyre, a quien siempre le reconoceré la deferencia que tuvo en contar con nosotros para montar el primer congreso y todos los congresos adicionales. No se ha dejado de dictarse un año el Congreso Internacional de Arbitraje de la Católica. El año pasado, evidentemente, ha sido virtual, como el que ahora estamos viviendo, y me imagino que el de este año también lo será. Como bien señala Karina, las actas de estos congresos han sido todas publicadas por Mario, Son parte de la colección Biblioteca de Arbitraje de Mario. Ustedes verán, incluso, en la colección que aparece como auspicio Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Católica, porque siempre estamos dispuestos a auspiciar la publicación que promueve Mario.

Y en capacitación: curso de formación de árbitros, adjudicadores. Hemos dado ya cinco cursos de formación de adjudicadores, de conciliadores, cursos *in-house*, diplomados, etc.

Todos estos cursos, como ustedes saben muy bien, son certificados por la universidad. Sí, el que sale de un curso de este tipo, tiene una certificación de la Católica. También salió la revista *Arbitraje*, un libro sobre JRD. Quisiera que supieran que el único libro que hay en América Latina sobre JRD lo editamos nosotros con Mario Castillo, que está al acceso de ustedes, por supuesto, porque está en la colección Biblioteca de Arbitraje que Mario ha puesto a disposición. También una publicación, investigación sobre tendencia de los laudos que es fundamental. Inclusive, yo dejé un poco en el tintero una publicación sobre los casos que hay en los que se recusa a los árbitros, para ver qué tendencia hay de recusaciones, por qué causales se han dado. Un tema fundamental es la transparencia. Cuanta más transparencia creo que hay menos corrupción. Cuanta más transparencia se rompe el mito de la confidencialidad, habremos enfrentado el tema del lavado de activos sobre el que muy bien se expuso hace un momento. En otras palabras, seminarios sobre *dispute boards*, contratación pública, curso de arbitraje presencial y *online*, cursos libres sobre temas puntuales de arbitraje, revistas de arbitraje, congresos internacionales, hoy día estamos ya en la decimoquinta versión este año.

El centro de arbitraje también tiene otro objetivo. Por eso yo creo que un centro de arbitraje no es solamente una empresa, el centro de arbitraje es mucho más. El centro de arbitraje si no da servicios de capacitación, si no hace investigación, si no analiza, no está aportando, sino simplemente es un servicio para administrar casos. A mí me parece que es ir más allá. Y esa es mi experiencia personal.

¿Qué actividades tuvimos de incidencia legislativa? Muchas propuestas sobre arbitraje. Se presentó el proyecto de ley sobre arbitraje en contratación pública, se presentaron proyectos de directivas al OSCE, se promovió la junta de resolución de disputas en el OSCE y en el Ministerio de Economía y Finanzas, etc., etc.

Aquí quisiera detenerme en algo que nosotros promovido tercamente: el arbitraje institucional. Con el tiempo, este tema lo tratamos en los congresos internacionales. Me acuerdo que desde el 2012 en los congresos internacionales he mencionado: que estamos dañando el arbitraje; que están sucediendo casos extraños; que tengamos mucho cuidado; que la ética no se aprende en cursos, la ética es vida. No sé, ahí quedó. Surgieron dudas sobre las supuestas situaciones irregulares en el arbitraje sobre contrataciones del Estado. No quería utilizar la palabra «corrupción», pero como ya dijo Silvia, es ahí.

El Gobierno creó, como una de las soluciones, el Registro Nacional de Árbitros. Me acuerdo que la presidenta del OSCE me llamó un día y me dijo: «Dame una lista de todos los árbitros que tú consideras honestos». Yo le dije: «Es una tarea que no me corresponde». —«Es que queremos sacar un registro donde estén realmente aquellos que son éticos y no van a fallar». —«El examen de ética yo no sé quién te lo puede dar, porque eso es un tema de vida». Y sacaron normas de ética y todas las normas que ustedes conocen muy bien, tratando, de alguna manera, de evitar que haya corrupción en el arbitraje. No sé si es la forma, pero es la forma por la que optaron. Nuestra propuesta fue, más bien, ir directamente al arbitraje institucional con condiciones en arbitraje institucional en contrataciones con el Estado. ¿Cuáles son las condiciones? Algunas personas del panel anterior —que fue extraordinario— que respeto mucho no van a estar muy de acuerdo conmigo. Primero, elevar los requisitos para ser centro. Karina ha hecho una comparación entre un centro de arbitraje y un centro de conciliación. Es impresionante que para ser conciliador o llevar un centro de conciliación haya este conjunto de requisitos y un ministerio que controla y supervisa. A veces controla y supervisa la forma, pero no el fondo, y en temas de arbitraje, nada, absolutamente, nada. Entonces, ¿cuál era la propuesta?, que, además, está incorporada en la norma, pero no está reglamentada: elevar los requisitos a los centros bajo control del OSCE. Centros con base en un gremio o una universidad que tengan detrás un respaldo. Esa fue nuestra propuesta presentada al Gobierno.

Se han establecido requisitos de obligatoriedad, lo cual nosotros considerar muy importante, pero hasta hoy no hay normas que regulen la formación y control de los centros. Son tres años sin haberse dictado esa norma. Sin embargo, está la disposición transitoria que señala que deberá reglamentarse. ¿Por qué no se ha reglamentado? Pregunto. Hoy se me paran los pelos cuando escucho a Karina diciendo: «Todos los centros de conciliación que se van a formar se van a constituir en centros

de arbitraje». Dios nos coja confesados si están hablando de arbitraje en contrataciones con el Estado. Yo creo firmemente en la supervisión. Si tú actúas con honestidad, con transparencia, ¿por qué no te pueden supervisar?

Creo firmemente en elevar el nivel de los centros. No creo permanecer con tres o cuatro exclusivos, sino simplemente para que los centros vayan más hacia lo que debe ser un servicio como, ustedes saben, los servicios que damos —digo damos porque todavía me siento parte, a pesar de que hace cuatro años que salí— en prevención y gestión de conflictos sociales, arbitraje, conciliación y JRD. Hace un momento hablaban de mediación, conciliación... Hay todo un tema relacionado a su comparación y apreciación, pero hoy en día se está desarrollando mucho lo que es MedArb, y me parece que esto tiene que promoverse. Sería largo, no me toca a mí hacerlo. El otro día, en otro congreso, hablé sobre MedArb porque me parece que hay que aplicarlo en nuestro país. Y capacitación en los cuatro servicios.

La corte de arbitraje es un elemento fundamental. Tenemos que dar probidad, ética, contando con una corte de arbitraje de personajes incólumes. Como ustedes saben, nuestra corte fue presidida por muchos años por el doctor Jorge Avendaño —que en paz descanse— y actualmente es el doctor Alfonso de los Heros, uno de los hombres más pródigos en términos de honestidad y transparencia. La presencia de los miembros de la corte da prestigio y da coherencia, lo que es fundamental, y los miembros de la corte, en el caso de la Católica, no participan en arbitrajes administrados por el centro, lo cual me parece absolutamente válido. En mi caso, lo que les quiero contar es que durante todos los años en que fui director del Centro no acepté arbitrar un solo caso porque creo que eso no es ético. Sea del Centro o no.

Certificaciones ISO. De esto ya habló Silvia, no lo voy a volver a mencionar. Sin embargo, hay que considerar que ya desde el 2012 el Centro cuenta con la Certificación ISO 9001, el Sistema de Gestión de Calidad, tanto para el sistema institucional como *ad hoc*, y ahora ya cuenta con la Certificación ISO 37001 sobre antisoborno. Lo único que le preguntaba a Silvia es qué pasa con los árbitros, es decir, en qué medida los árbitros pueden ser comprometidos en el sistema. De hecho que sí porque, efectivamente, si hay una denuncia contra un árbitro, se le aplicará el Código de Ética y las sanciones que el Código de Ética tenga.

Los procesos arbitrales siguen ingresando en el Centro. Cada vez hay menos procesos. Como ustedes saben, el 95 % de los procesos corresponden a contratación estatal. ¿Por qué escogen a la Católica para contratación estatal? Será porque —yo entiendo, y se los digo con toda sinceridad— se mira un ente independiente, un ente que no tiene ningún compromiso empresarial, un ente que es, básicamente, una universidad, y han ingresado arbitrajes internacionales.

Otra actividad que he tenido, y creo que pocos saben, es promover el retorno del CCI en el Perú. Esto lo saben muy bien Katherine y algunos amigos. Siendo director del centro me preguntaba: «¿Por qué no reasumimos la sede de CCI en el Perú?». Me tomé la atribución y me fui a un congreso de la CCI en Brasil, en São Paulo, donde se trataba de esto también, sobre las secciones nacionales de la CCI, y propuse abiertamente que se creara el Centro CCI Perú, y tenía como sustento dos entidades que aceptaron hacerlo: Amcham y el Centro de Arbitraje de la Católica. La Cámara de Comercio en ese momento prefirió no participar, era un tema que hay que respetar. Finalmente, también intervino la Confiep. Presentamos la propuesta, se aceptó y regresé feliz de la vida, volvimos a asumir CCI Perú. Durante algunos meses asumí la dirección de este proyecto, que no solamente es de temas de arbitraje, también de comercio internacional, de *compliance*, etc., y se formaron los comités respectivos, como muy bien se ha señalado, y se aprobó durante un corto tiempo y fue su implementación. Hoy está funcionando, como saben muy bien, el Comité de Arbitraje, el de ADR que incluye mediación y *dispute boards*, donde muchos de ustedes son convocados, invitados y es realmente un espacio donde deben estar todos.

¿Qué recomendaciones haría? Primero, yo creo que los centros deben mirar otros ámbitos: arbitraje de consumo; arbitraje laboral, por cierto, nosotros hemos dado ese servicio durante un largo

tiempo, en un convenio con el Ministerio de Trabajo; arbitraje ambiental, la ley general del ambiente incluye el arbitraje ambiental, para subordinar conflictos sociales, y nadie lo ha implementado, y esto habría que mirarlo. ¿Quién lo tiene que mirar? No sé si un nuevo Gobierno, no sé quién, pero si yo fuera centro hoy estaría promoviendo que se haga así. En segundo lugar, optimizar la calidad del servicio con indicadores de gestión. Esto es fundamental, no se trata de dar el servicio, hay que hacer indicadores de gestión.

En el 2012, nosotros hicimos una encuesta de satisfacción para los usuarios de servicio, y nos dieron resultados que nos permitieron mejorar el servicio, porque un centro es una entidad de servicio a los usuarios. ¿Quiénes son los usuarios? Las partes y los árbitros y, finalmente, el país. Un reglamento yo diría que no debe dejar de dar facilidades para inicio del proceso, reconocer y fortalecer el papel de los árbitros como directores del proceso, con un procedimiento ágil y, subrayo, transparente. Me parece fundamental, como lo ha indicado bien el presidente de la Corte de Arbitraje de la CCI, que cada día más los arbitrajes sean transparentes. Miren que hace un momento se dijo confidencialidad, sí, contra la confidencialidad lo que viene es la transparencia, y cada vez en los arbitrajes se habla más de la transparencia. ¿Por qué no conocer los casos que están en proceso? Evidentemente, ya se conocen los laudos, ¿por qué no tener más transparencia? ¿Qué impide aquello? La confidencialidad nace porque cuando nació el arbitraje comercial internacional, los comerciantes no querían que se supiera que ellos estaban viendo un caso arbitral. Hoy día yo les pregunto: ¿hay un comerciante a quien le preocupe eso? ¿Qué tiene que ver eso con su prestigio? Su prestigio más bien será vencer en un proceso arbitral. Entonces, habría que repensar el tema de la transparencia.

Les quiero comentar —me emociona un poco— que me tocó salir del centro, el día de mi santo: el 18 de octubre del 2016. Me llamaron y me dijeron: «César, ya estás cumpliendo los setenta años y es bueno hacer un cambio, hacer una reforma, la ley famosa de *Consuode nos obliga*». Entonces, ni modo, había que dar un paso al costado. Y continué, sin embargo, como miembro de la Corte hasta julio del 2017, pero como yo no quería arbitrar mientras fuera miembro de la Corte, decidí retirarme, precisamente, para arbitrar. Entonces, desde agosto del 2017 estoy en el otro lado, ahí donde están muchos de los que hoy día me escuchan, ahora conozco la realidad desde otro ángulo. No es sencillo, hay que dominar el caso, cosa que veo que no muchos dominan, a veces van a la audiencia leyendo el caso en el taxi o no sé en qué momento ahora que estamos en lo virtual. Se duda, se reflexiona hasta que se dicta el laudo. Detrás de un caso hay una vida. Por eso yo no puedo entender cómo puede haber árbitros que aparezcan en cuarenta, cincuenta, ochenta casos. Es inmanejable absolutamente, pero no creo que sea un tema de regulación, sino de conciencia. Hoy no puedo arbitrar en contratos con el Estado, desde julio o agosto del año pasado porque me olvidé de renovar la inscripción en el RNA-OSCE y, como muchos, debo pasar prueba y examen. Yo creo que esto es un tema que hay que repensar porque hay muchos de los que me escuchan que prefieren no estar en ese registro por no pasar por ese tipo de exámenes, pruebas, etc., que parece realmente innecesario porque el examen no te hace más o menos árbitro.

He compartido, amigos y amigas, mi experiencia de años, de 1980 a 2021. Yo les diría lo siguiente: para formar centros no basta contar con documentos. Eso es fácil. Como decía Karina: «Cópiense el reglamento de la CCI». ¿Por qué no? Un buen *copy y paste*. Cópíense el reglamento de la Cámara, del Colegio, de la Católica, de Amcham. Pienso que es muy importante tener un apoyo, si no un gremio o una universidad, lo que, de alguna manera, da sustancia, da sustento a ese centro. Sin embargo, y eso sí lo quisiera subrayar, se requiere tener vocación de servicio.

Si ustedes quieren dirigir un centro y no tienen vocación de servicio, no lo hagan. Si ustedes van a formar un centro para ganar, no lo hagan, sería una pena, porque no se trata de obtener utilidades, se trata de dar un servicio eficiente, donde la utilidad no sea el fin, sino que los arbitrajes generen los mejores resultados para el país. En contrataciones con el Estado, resultados eficientes, resultados a plazo van a generar que las obras terminen a tiempo, que no cuesten tanto, que no haya tantos adicionales —con lo cual no quiere decir que no debe haber—; va a generar, en consecuencia, un resultado para el Perú.

Cuántas veces en el Centro, cuando celebrábamos año a año, les decía: «Les agradecemos, a nombre del país, el servicio que ustedes están dando». Considero que un Centro es uno que da el servicio, que no genera utilidades. La mejor utilidad es la satisfacción del deber cumplido y para ello es muy importante algo que traté de hacer durante estos dieciséis años como director del Centro: una relación empática con los árbitros y las partes, y nunca arbitrar, lo cual me daba una completa libertad para dialogar con Juan, Pedro, Julia, quien fuera, y escucharlos. Es que estamos en tiempos en los que es muy importante escuchar, escuchar sus preocupaciones, escuchar qué está pasando, escuchar y tratar, en la medida de lo posible, de solucionarlas y no arbitrar, y meterse en la administración. Debe haber un director que maneje la empatía. Eso es lo que traté de hacer durante dieciocho años.

La ética no se aprende —como bien dijo Karina hace un momento— en un curso. Un curso de ética te mostrará cuáles son los valores. Creo que la ética no se aprende. Es un valor personal y se comprueba con la coherencia. Como decía hace un rato Silvia, se comprueba cuando desde que salgo a la calle y no le pago al policía, desde que tengo que ir al Banco de la Nación, no pago la cola. Se comprueba con hechos diarios.

¿Saben ustedes quiénes saben si somos coherentes como árbitros? Nuestros hijos. Ellos son nuestros principales fiscales y la congruencia no se gana con un papel, con un certificado ni con un ISO, la coherencia está acreditada en laudos donde los fundamentos sostienen los resultados, es decir, si yo tengo un laudo publicado, lo lee alguien y dice que es un laudo extraordinario —están los hechos, los fundamentos legales—, se ha laudado con eficiencia, con justicia, con equidad. Ahí están los resultados. Yo analizaría a los árbitros en función de sus laudos, no en función de cursos, exámenes, etc., etc. Esto es lo que quisiera señalar como palabra final.

Y quisiera, antes de irme, agradecer inmensamente a Karina porque me ha permitido hacer una pequeña historia, y es lo que he querido hacer con ustedes: compartir mi vida. Agradezco a Dios, agradezco a mi familia y a tantos que hicieron de mi vida una plena realización. Me sentí realizado de haber aportado a nuestro país un Centro de Análisis y Resolución de Conflictos como el de la Católica, con opciones de resolución para nuestro querido país que necesita diálogo, necesita ponernos de acuerdo, compartir.

Gracias amigos.

Karina Zambrano Blanco: Aplausos.

Quiero hacer un reconocimiento en nombre de todos. Conozco su trabajo desde el año 1998, pues con Rocío Cano también formamos un centro en 1998-1999. También hemos sufrido cosas como las que usted ha sufrido. Por la competencia nos sacaron de centros, nos denunciaron. Es fácil formar un centro, es fácil ser árbitro, lo difícil es mantenerse y ser congruente. Y que después de cuarenta años lo sigan queriendo.

Rocío Cano Guerinoni: Quería decir que me caló muy adentro el tema de que, efectivamente, tenemos que hacer justicia. Considero que sí, en todos los centros de arbitraje tenemos que hacer justicia. Y en todos los MARC, es decir, los medios alternativos de resolución de conflictos, hay que hacer justicia. Y eso es lo que nos lleva cada día a levantarnos, a tener un mayor conocimiento, a prepararnos más, a tener congresos. Y darle gracias a Dios porque seguimos adelante, y seguimos haciendo justicia.

Silvia Rodríguez Vásquez: Yo quería dar unas palabras para el doctor César. Como él ha mencionado, ya hace cuatro años no está como director del centro, pero no puedo dejar de decirlo, él ha sido el visionario del Centro, el que dio las bases para que el Centro empiece a funcionar con todos estos servicios que damos y, definitivamente, en mi persona, darle las gracias por darme la oportunidad de estar en esta área.

Esta experiencia de vida que lo ha mencionado, no la tenía tan precisa como ahora lo ha explicado. Sabía de todo esto, pero, realmente, es un honor seguir trabajando con usted como lo seguimos haciendo.

Karina Zambrano Blanco: ¿Cuál ha sido el momento más difícil en su vida?

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Dejar el centro. Me costó muchísimo. Todavía me emociono, lo quiero como si fuera un hijo porque lo vi nacer, lo vi crecer, lo vi desarrollarse. Nunca pensaron que íbamos a llegar a los niveles que hemos llegado. Entonces, para mí, el momento más duro —lo sabe Silvia, lo sabe Marlene, quienes me conocen más de cerca— fue la despedida.

Karina Zambrano Blanco: Y hoy día es la bienvenida.

Hay algo que nos une a todos, queremos hacer justicia, queremos ayudar, queremos resolver conflictos ajenos, estamos miles de horas, años y creo que ese denominador común se llama «justicia».

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Yo diría que debemos llevar adelante dos culturas: la cultura del diálogo y la cultura de la confianza. Los peruanos somos demasiado desconfiados y hoy lo vemos en la política. El objetivo es disparar contra el otro, en lugar de amar; el objetivo es buscar qué defecto tienes para levantar en contra tuya. Así nunca vamos a avanzar. Por eso yo creo que debemos cultivar la cultura de la confianza y del diálogo, pero la cultura del diálogo comienza por el silencio. Hagamos silencio para escuchar al otro. Para ponernos en su situación, para entenderlo, para comprenderlo. Y no es fácil porque siempre queremos imponer nuestras ideas, y lo importante es juntos encontrar la tercera idea, que no necesariamente es la tuya ni la mía. Es aquella que construimos juntos.

En nuestro país nos falta, hoy más que nunca cultura del diálogo y cultura de la confianza.

Karina Zambrano Blanco: Bien, muchísimas gracias. Ha sido una conferencia excelente.

Muchísimas gracias por estos cinco días maratónicos, excelentes, conferencias de alto nivel. Ha sido una jornada excelente. Yo estoy muy orgullosa de ser peruana, muy orgullosa de ser su amiga, estoy muy orgullosa de haber nacido en este tiempo junto con ustedes.

ACTAS DEL II CONGRESO INTERNACIONAL ON LINE DE ARBITRAJE,
CONSTRUCCIÓN, DISPUTE BOARDS, ABASTECIMIENTO Y
COMPLIANCE - 2021 DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO
(SEGUNDA PARTE)

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
FEBRERO DEL 2023, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ

