

**ACTAS DEL XVI CONGRESO INTERNACIONAL
DE ARBITRAJE + MEDIACIÓN Y JRD - 2022 DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

Volumen 113 Biblioteca de Arbitraje del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Actas del XVI Congreso
Internacional de Arbitraje
+ Mediación y JRD - 2022
de la Pontificia Universidad
Católica del Perú**



**CENTRO DE
ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS
PUCP**

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**ACTAS DEL XVI CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE + MEDIACIÓN Y
JRD - 2022 DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Calle Las Palmeras 324, San Isidro, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Calle Esquilache 371, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

Primera edición, agosto 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 2023-08057

ISBN: 978-612-4400-63-6
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Nota del editor	9
Inauguración <i>Marlene Anchante Rullé</i>	11
Mesa n.º 1: La integridad como condición indispensable en el arbitraje	15
<i>Irma Rivera Ramírez</i> (moderadora) <i>Luis Alberto Arequipéño Támara</i> <i>Ana Teresa Revilla Vergara</i> <i>Alfredo Soria Aguilar</i> <i>Silvia Rodríguez Vásquez</i>	
Mesa n.º 2: Arbitraje en contrataciones con el Estado: ¿una balanza inclinada?	35
<i>Ricardo Gandolfo Cortés</i> (moderador) <i>María Hilda Becerra Farfán</i> <i>Milagros Maraví Sumar</i> <i>David Ortíz Gaspar</i> <i>Ricardo León Pastor</i>	
Mesa n.º 3: Mediación en conflictos sociales y socioambientales	59
<i>César Guzmán-Barrón Sobrevilla</i> (moderador) <i>Javier Caravedo Chocano</i> <i>Juan Pablo Schaffer</i> <i>Patricia Balbuena Palacios</i> <i>Luis Aharado Zavala</i>	
Mesa n.º 4: La junta de resolución de disputas en las asociaciones público-privadas	83
<i>Karina Ulloa Zegarra</i> (moderadora) <i>Reiner Solís Villanueva</i> <i>Abmed Manyari Zea</i> <i>Carlos López Avilés</i>	
Mesa n.º 5: ¿Se debe seguir modificando la ley de arbitraje para el arbitraje con el Estado?	101
<i>Juan Carlos Pinto</i> (moderador) <i>Ricardo Rodríguez Ardiles</i> <i>Sergio Tafur Sánchez</i> <i>Fabiola Paulat Monteagudo</i> <i>Ehira Martínez Coco</i>	

Presentación del libro <i>Actas del XV Congreso Internacional de Arbitraje + Mediación y JRD de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Biblioteca de Arbitraje</i> del Estudio Mario Castillo Freyre	121
<i>Silvia Rodríguez Vásquez</i>	
<i>Gina Vargas Herrera</i>	
<i>José Carlos Taboada</i>	
<i>Mario Castillo Freyre</i>	
Mesa n.º 6: Arbitraje y otras ramas del derecho	127
<i>Gonzalo García-Calderón Moreyra</i> (moderador)	
<i>Gastón Fernández Cruz</i>	
<i>Luciano Barchi Velaochaga</i>	
<i>Roxana Jiménez Vargas-Machuca</i>	
<i>Laura Castro Zapata</i>	
Clausura	147
<i>Walter Albán Peralta</i>	

NOTA DEL EDITOR

En esta oportunidad, me corresponde escribir la tradicional nota del editor del presente volumen de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*, dedicado al XVI Congreso de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Como bien saben nuestros lectores, la *Biblioteca de Arbitraje* ha publicado todos los trabajos, ponencias y actas de la integridad de congresos llevados a cabo por el CARC PUCP, *alma mater* de quien escribe estas líneas.

No cabe duda de que el Congreso de Arbitraje de la Universidad Católica se ha convertido en el de mayor presencia, continuidad y prestigio a lo largo de los años, situación que nos alegra y compromete aún más en esta empresa.

La *Biblioteca de Arbitraje*, con este volumen, ya ha publicado diecisiete obras relativas al Congreso de Arbitraje de la PUCP, pues la primera estuvo compuesta por los volúmenes 5 y 6 de la colección.

Seguiremos adelante.

Lima, agosto de 2023
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>.

**XVI CONGRESO INTERNACIONAL DE
ÁRBITRAJE + MEDIACIÓN Y JRD - 2022**

INAUGURACIÓN

*Marlene Anchante Rullé*¹

¹ Directora del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Marlene Anchante Rullé: Muy buenas noches.

Como directora, quiero iniciar saludando y agradeciendo su participación en esta décimo sexta versión del Congreso Internacional de Arbitraje, Mediación y Junta de Resolución de Disputas, que organiza nuestro centro, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Este foro académico y profesional es resultado de un esfuerzo institucional que llevamos a cabo de manera ininterrumpida desde el año 2007, en que organizamos por primera vez un congreso de esta naturaleza.

A lo largo de estos años, en las diferentes versiones de nuestros congresos, hemos podido intercambiar información valiosa, conocimientos enriquecedores, reflexiones fruto de la práctica profesional, posiciones y propuestas de solución a los desafíos que enfrentamos como país, algunos de los cuales han, potencial o realmente afectado al arbitraje, a la conciliación y a otros mecanismos de resolución de controversias.

Dichos cambios han ocurrido entonces en estos dieciséis años que venimos organizando estos congresos, pero ha permanecido en nosotros, durante estos años, la convicción de que el arbitraje y los otros mecanismos de resolución de controversias, son mecanismos eficientes y viables que han contribuido a solucionar controversias en nuestro país, y que los seguirán haciendo, porque estos mecanismos gestionados con la debida eficiencia, ética e imparcialidad, contribuyen, sin duda, al desarrollo del país y a una cultura de paz que tanto necesitamos.

Hace pocos días, nuestro rector, Carlos Garatea, inaugurando un evento denominado «Perú sostenible», mencionaba que las universidades son agentes de desarrollo, y resulta una incoherencia con esa misión universitaria que el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP, se ha mantenido firme durante veintitrés años en el compromiso de brindar los servicios de arbitraje, de conciliación extrajudicial y junta de resolución de disputas, con calidad y con principios éticos.

Y también, durante estos años, hemos honrado nuestro compromiso en la labor propia de un centro como el nuestro que pertenece a una universidad, ofreciendo educación, formación continua a los diferentes sectores de la sociedad; no solo para la actualización profesional o como un recurso para la empleabilidad, sino para el desarrollo integral como personas.

Y en este esfuerzo debo decirles que no nos sentimos solos. Nos sentimos acompañados y fortalecidos con la participación y con el apoyo de profesionales honestos, de reconocida trayectoria en el ámbito académico y laboral, comprometidos con la justicia y con una verdadera cultura de diálogo. Por ello, quiero agradecer de todo corazón a quienes se desempeñarán como moderadores y panelistas en estos tres días del XVI Congreso de Arbitraje y Mediación y JRD PUCP, porque, convocarlos y recibir su aceptación incondicional es también una gran motivación para sostenernos en este esfuerzo para contribuir a que el arbitraje, la mediación y JRD, se encuentren más vigentes que nunca, como respuestas constructivas y esperanzadoras frente a la crisis política, económica, social y, sobre todo, de valores que estamos enfrentando en nuestro país.

En este sentido, permítanme presentarles una panorámica de lo que hemos preparado como parte de este programa para estos tres días en que llevaremos a cabo seis mesas temáticas, que han sido estructuradas de la siguiente forma.

Hoy, primer día, abriremos el congreso con la mesa denominada «La integridad como condición indispensable en el arbitraje».

Y como temática de la segunda mesa, se abordará «El arbitraje en contrataciones con el Estado», respondiendo a una duda, una pregunta: ¿Existe una balanza inclinada?

El día de mañana, tendremos la mesa tres y cuatro, dirigidas a tratar «Los mecanismos de mediación y junta de resolución de conflictos».

Estas mesas se han enfocado este año, la primera, en el caso de la mediación, en los conflictos sociales y socioambientales; y en la mesa que tratará la junta de resolución de disputas, se centrará en las asociaciones público-privadas; tema novedoso.

El tercer día, la quinta mesa, responderá una pregunta actual y crítica: ¿Se debe seguir modificando la ley de arbitraje para arbitraje con el Estado?

Estamos seguros de que escucharemos respuestas claras y enérgicas, sobre todo, en ese momento.

Este último también participará Mario Castillo Freyre, presentando, como todos los años, y, en esta oportunidad, el volumen 108 de la *Biblioteca de Arbitraje*, y el XVI, donde se da cuenta de los congresos que organiza nuestra institución.

La última mesa del congreso abordará el arbitraje y su relación con otras ramas del derecho, que estamos seguros será, como siempre, de su interés.

Finalizo mi intervención reiterando mis agradecimientos a ustedes, y deseando éxitos para esta nueva versión del Congreso Internacional de Arbitraje, Mediación y Junta de Resolución de Conflictos de la PUCP.

Muchas gracias.

MESA N.º 1: LA INTEGRIDAD COMO CONDICIÓN INDISPENSABLE EN EL ARBITRAJE

*Irma Rivera Ramírez*¹ (moderadora)

*Luis Alberto Arequipaño Támara*²

*Ana Teresa Revilla Vergara*³

*Alfredo Soria Aguilar*⁴

*Silvia Rodríguez Vásquez*⁵

¹ Socia *partner* de Brigad & Urrutia del país de Colombia.

² Miembro de la corte arbitral CARC-PUCP.

³ Miembro de la corte arbitral del CARC-PUCP.

⁴ Árbitro independiente.

⁵ Secretaria general de arbitraje, conciliación y *dispute boards* del CARC-PUCP.

Irma Rivera Ramírez: Muy buenas noches a todos los que nos acompañan en este espacio académico y quiero agradecer muy especialmente la invitación a ser parte de este congreso. Es un espacio importantísimo para que revisemos temas sensibles en este método alternativo de resolución de controversias, como es el arbitraje.

Quiero, además, agradecer a todos los colegas que, en su calidad de expertos, van a compartir su visión sobre la integridad como condición indispensable en el arbitraje, pero, además, quiero agradecerles a todos los que nos están acompañando y a la organización, porque estos espacios, de verdad, buscan mejorar la figura y hacer que, hacia el futuro, cumpla con el objetivo final y es la resolución de controversias.

El arbitraje como método alternativo de resolución de controversias, como ustedes saben, se fundamenta en la confianza; en la confianza que las partes depositan en el mecanismo, en los árbitros, en los operadores; y, especialmente, en las normas que permiten que vaya a dictarse un laudo que resuelva, de manera definitiva, la controversia.

La integridad como condición en el arbitraje es un elemento esencial para que esa confianza se preserve; el método continúe siendo utilizado por todos los interesados; y el método realmente como les comentaba cumpla con su fin: solucionar una diferencia.

Es fundamental entender el rol de la integridad de los procesos arbitrales, la forma en que los árbitros garantizan esa integridad, y cómo la misma puede, en algún momento, verse afectada en el transcurso del procedimiento, y en qué consiste una cultura arbitral que respete esa condición.

Yo, personalmente, considero que es responsabilidad de todos los actores vinculados a un procedimiento arbitral, velar por que la integridad se conserve y cumpla con el objetivo final; y, por supuesto, de esa manera se preserva la confianza en el arbitraje.

Iniciando la mesa, y dándole la bienvenida a todos mis colegas, yo le agradecería mucho al doctor Soria, si nos pudiese contestar la siguiente inquietud. Doctor Soria, ¿cómo puede entenderse la integridad dentro de los procesos arbitrales, por favor?

Alfredo Soria Aguilar: Buenas noches. Muchísimas gracias por la invitación. Un honor estar aquí.

Bueno, el día de ayer se publicó un dato impactante en el diario *Expresso*, que es un diario peruano de circulación nacional. El título de la noticia es «¿Jueces tienen pendientes? 5.8 millones de procesos». Una noticia del día de ayer.

Pueden encontrar esa noticia de sus celulares, buscando desde Google o sus computadoras y colocando «jueces tienen pendientes 5.8».

Es un dato bastante impactante, si consideramos que somos, aproximadamente, 33 millones de habitantes, que casi seis millones de procesos estén en curso, porque no es un histórico, están en curso. Este es un dato que muestra con claridad que, pese a sus desnudados esfuerzos, los jueces nacionales afrontan una inmensa carga de procesos, que cada año se incrementa; y, precisamente, en esta noticia; y, por eso, les decía si pueden ingresar mejor porque es una tabla que muestra cómo van creciendo año a año los procesos.

En ese contexto, el arbitraje puede ser un adecuado mecanismo para contribuir en reducir, aunque sea en parte, la solución de los conflictos sobre aspectos y derechos de libre disponibilidad.

Si bien como regla general, todos sabemos el Poder Judicial es la vía ordinaria que la ley prevé para la solución de las controversias, las partes también pueden convenir resolver sus controversias a través del arbitraje. Por eso resulta necesario que se incentive la observancia del principio integridad que, precisamente, es lo que nos preguntaba Irma, que es la moderadora de este panel.

¿Por qué es importante la integridad? Para que más empresas, entidades y personas, tengan confianza en el arbitraje, como una alternativa con un mecanismo heterocompositivo de solución de controversias que las partes también pueden optar, cualquiera puede optar.

La confianza es un valor intangible que, en muchos casos, resulta difícil de obtener. Se construye a través del tiempo como consecuencia de acciones positivas, no con palabras, sino con hechos concretos. No obstante, la confianza puede perderse muy fácilmente con un solo acto negativo. Toda la buena reputación que con esfuerzo y buenas prácticas ha ido ganando el arbitraje en nuestro país, año tras año, se ha visto afectado. Y sabemos, por las noticias, por casos aislados de algunas personas deshonestas que deben asumir las consecuencias de sus actos con el mayor rigor que la ley habilita.

Las principales instituciones arbitrales de nuestro país cuentan con códigos de ética que contienen diversas disposiciones que intentan hacer efectivo el principio de integridad en el arbitraje.

Los esfuerzos que realizan las instituciones más serias del país en, precisamente, hacer efectivo el principio integridad en el arbitraje, es sumamente relevante, pues, resulta indispensable que la integridad sea una realidad, y no una simple aspiración.

La integridad es un principio que implica actuar con probidad, actuar rectamente, con honradez, con entereza ética en cada caso arbitral. No importa si el caso es grande pequeño, no importa si el caso es entre dos privados o entre un privado y el Estado. El comportamiento de quienes participan en el arbitraje debe ser íntegro en cualquier escenario. Implica la integridad, la puesta en marcha también de diversos controles y mecanismos para prevenir y evitar las malas prácticas en el arbitraje, los conflictos de intereses y la corrupción.

Es importante precisar que, como lo sostiene Agustín Cerrillo y lo cito de manera textual: «La noción de conflicto de intereses describe una situación, no una acción, que es lo que puede caracterizar en la corrupción. Sin embargo, los conflictos de intereses pueden ser un indicador un precursor o, incluso, un motor que acabe generando un caso de corrupción, si no se hace nada al respecto. Por ello, es una importante labor eliminar la posibilidad de que existan conflictos de intereses en el arbitraje, a través de diversas figuras, entre ellas, la confirmación de los árbitros, que ha sido implementada, hace no más de cinco años, en la más importante es instituciones arbitrales de nuestro país, como parte de la estrategia para prevenir la existencia de escenarios en los que se transgrede la neutralidad y que, eventualmente, puedan generar supuestos de incorrección en el proceso decisional, abuso o, inclusive, corrupción».

El principio de integridad no solamente resulta aplicable a los árbitros, y este es un error que suele, a veces, tenerse como premisa. que se piensa que el principio integridad solamente es aplicable... no, a todos los que participan en el arbitraje.

En nuestro país, esto ha sido expresamente reconocido en el Código de Ética para el arbitraje en contrataciones del Estado, en el que reconoce a la integridad como primer principio, en su artículo 2.

¿Y qué es lo que dice el artículo 2 en este primer principio de integridad?

«Los árbitros y todos aquellos que participan en arbitraje en contrataciones con el Estado, deben conducirse con honestidad y veracidad, evitando prácticas indebidas y procurando, en todo momento, transparencia en su accionar».

Cabe indicar que, como lo establece el artículo 45.26 de la Ley de Contrataciones con el Estado, me refiero a la Ley n.º 30/225, el Código de Ética para el arbitraje en contratación con el Estado, resulta de aplicación a los arbitrajes que administra el OSCE, es decir, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado para los arbitrajes *ad hoc* y, de manera supletoria, a los arbitrajes administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código de Ética o que, teniéndolo, no establezca la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción aplicable.

En el ámbito del arbitraje, en general, la extensión del principio de integridad hacia las partes se encuentra incluido —a mi entender— en el artículo 38 de la Ley de Arbitraje —el Decreto Legislativo n.º 1071— al establecer el principio de buena fe, y que nos dice que las partes están obligadas a observar el principio de buena fe, en todos sus actos e intervenciones, en el curso de las actuaciones arbitrales, y a colaborar con el tribunal en el desarrollo del arbitraje.

La integridad se encuentra vinculada, entonces, a la buena fe, en todas las actuaciones arbitrales, pues, las partes, sus abogados y representantes, deben actuar con probidad, rectitud, honradez y entereza ética en cada caso arbitral. Todos somos responsables de la integridad en el arbitraje, me refiero a abogados, árbitros, instituciones arbitrales, secretarios; todos los que participan en el arbitraje, por eso estas primeras palabras, precisando en qué consiste el principio de integridad, cuáles son sus alcances, y me despidió parafraseando a Jackson Brown Junior, que dice: «Vive de tal manera que cuando alguien piense en justicia e integridad, piense en ti».

Muchas gracias.

Irma Rivera Ramírez: Doctor, muchísimas gracias por sus reflexiones, las cuales creo que son un abrebocas al resto del panel, porque nos ha mostrado reflexiones tan importantes como que el principio de integridad no está limitado a uno solo de los actores, sino a todos aquellos que tienen la oportunidad de participar en un trámite arbitral, ya sea en calidad de operadores, en calidad de operadores, en calidad de intervinientes.

Este principio fundamental, como usted lo mencionaba, también genera confianza en el método y nos va a permitir que con tranquilidad se acuda a que ese panel arbitral tome decisiones que, por supuesto, en ocasiones pueden no compartir las partes, pero que, al ser revisadas de manera objetiva, tienen todo el sustento necesario para que esa decisión pueda implementarse.

Y siguiendo un poco en la línea, yo creo que hay un actor muy importante dentro de ese procedimiento arbitral y ese actor es, básicamente, los árbitros. Los árbitros que van a tener la carga de tomar decisiones, los árbitros que son depositarios de aquellos que han suscrito un pacto o que están obligados a ir arbitraje, dependiendo de las normas que les sean aplicables y en esa línea de reflexión, nos gustaría mucho, por favor, escuchar la opinión del doctor Arequipeño en relación con ese actor tan importante que es el árbitro y le quisiera preguntar doctor, por favor, ¿cuáles son los principales competencias que para usted un árbitro debe tener para contribuir a garantizar esa integridad en un arbitraje?

Doctor, muchas gracias.

Luis Alberto Arequipeño: Sí, muchas gracias a ti Irma, y muchas gracias al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, por esta invitación a participar en este panel tan interesante y tan importante, a la vez, por el contexto en el cual nos encontramos como sociedad y como Estado, porque no podemos hablar de integridad en el arbitraje sin contextualizar un poco dónde y cómo ubicamos al arbitraje en nuestro país.

Y sabemos que el arbitraje, pues, es parte de una sociedad, de un Estado donde, precisamente, la cultura de integridad y muchas veces no está muy presente, y, entonces, creo que debemos partir por definir, en primer lugar, qué entendemos por integridad qué es lo que, de cierto modo, mi antecesor, el doctor Soria, ha también definido, pero me gustaría complementar, en todo caso, en esa

misma línea qué es lo que se debe entender por integridad, porque la integridad, en principio, es un valor, pero no es cualquier valor, digamos, que se parezca a otros, como la honestidad o quizás algo más vinculado al arbitraje, como podría ser pues, los principios éticos de imparcialidad e independencia. No, la integridad es un valor que agrupa una serie de principios y valores, en el sentido de que la integridad tiene que ver con esa práctica diaria de tener consistencia con aquellos valores que nos representan como persona.

¿Y a qué me refiero específicamente? A que nosotros tenemos principios y normas que guían nuestra actuación personal, en el día a día. Y esto tiene que ver con un hecho muy muy importante relacionado a la ética, que es que la ética es vivencial, principalmente. La ética no se enseña ni se puede, digamos, transmitir contextos o en la pizarra. No, sino que la ética se vive todos los días, la ética se practica. Y, por tanto, la única forma de ser consistentes o de practicar un valor de integridad es, justamente, siendo coherentes entre lo que decimos y lo que hacemos. Estoy siendo coherente un poco en nuestra práctica diaria cuando, por ejemplo, para poner un ejemplo muy simple y recordando un poco a don Jorge Santisteban de Noriega, con quien tuve la suerte de trabajar, el primer defensor del pueblo del país, en un artículo que hace muchos años publicó en *El Comercio*. Él decía, por ejemplo, qué hace que un suizo, a las 12 de la noche, frente a un semáforo en rojo nunca cruce la vía y automáticamente se pare frente al semáforo rojo sin importar que no haya absolutamente nadie en las calles para cruzar; y, por tanto, él tiene internalizado, simplemente, que no debe cruzar.

Y un poco quizás trayéndolo a nuestra realidad qué hace que un peruano que maneja un colectivo, un taxi en Tacna, en Tacna sea una persona que incumple constantemente las normas de tránsito, pero cruza la frontera hacia Chile y se vuelve el más respetuoso las normas de tránsito del mundo.

Entonces, hay un problema aquí estructural, que el tema de los valores y de las prácticas y de ser íntegros, en ese sentido, de tratar de vivir día a día con los valores y respetarlos, y de tener un poco de claridad en que esto, digamos, que hace que la convivencia social sea mucho más eficiente en términos, incluso, económicos, porque, hoy en día, pareciese que los valores y la ética; y, por consiguiente, la integridad, estuviesen de moda en las prácticas de las corporaciones, en la administración pública y, en general, nos referimos a la ética y la integridad como algo que debiera ser parte de nuestro día a día.

Entonces, lo que quiero decir un poco con esta idea inicial, es que, como sociedad y como Estado, tenemos un grave problema no de prácticas de valores, y la integridad se relaciona con estas prácticas.

La pregunta que deberíamos hacernos es ¿qué hacemos frente a este problema de falta de integridad?, no solo en el arbitraje sino en la sociedad y en el Estado.

Un poco también recordando lo que decía un filósofo de origen romano, Lucio Anneo Séneca. Él decía, por ejemplo, «lo que las leyes no prohíben, puede prohibirlo la honestidad».

Y esto tiene que ver, justamente, con la integridad porque más allá de las competencias que puede tener un árbitro, todos sabemos que los que arbitramos nos preparamos, y que, digamos, desarrollamos cursos, seminarios, especializaciones, y también cumplimos con todos los requisitos que las normas nos imponen para poder ser árbitros competentes, pero, más allá de tener competencias duras o competencias blandas, ser un buen comunicador, ser asertivo, etc.

Más allá de ello, creo que el tema va por que el tema no es normativo, no es que existan más o menos normas que prohíban o prescriban no hacer ciertas conductas, sino el tema va por cómo creamos una cultura de integridad alrededor de valores.

Y esto trasladándolo al arbitraje, qué implica tener el valor de la integridad, no solamente como dijo Alfredo también en su exposición, no solamente para los árbitros, sino también para las partes, para los representantes de las partes, para los abogados que litigan representando a las partes, para los

centros arbitrales y también ¿por qué no?, para los auxiliares como los secretarios en los respectivos arbitrajes.

Qué significa, entonces, trasladar o tener la integridad como principio y como valor que inspire arbitrajes que, realmente, que se lleven de la mejor manera, respetando los valores y los principios éticos.

Pues, en realidad, hay mucho que trabajar. ¿Cómo garantizar que, entonces, se fomente la integridad en el arbitraje y cuál es el problema que enfrenta el arbitraje con relación a este valor, pues?

En primer lugar, creo que debemos tener conciencia de que este problema estructural tenemos que enfrentarlo como sociedad y como Estado, digamos, de una forma amplia.

Y aquí hay un problema que no es menor, que la percepción de la corrupción de las escalas y planillas es muy grande, entre los problemas principales que enfrenta al país y sale en muchas encuestas de transparencia internacional, de Proética, etc., pues, entre los tres problemas principales que enfrenta el país, siempre aparece la corrupción.

Y la corrupción, entonces, es como una especie de, digamos, de contrapartida a una ausencia de integridad. Y esto también tiene relación con otro problema que encontramos en la sociedad y del Estado, algo que yo llamo el relativismo ético o la ética de amplio espectro, donde, prácticamente, todo es justificable, donde el fin justifica los medios, y donde, generalmente, se trata de pasar por agua tibia, todos los comportamientos reñidos con la ética, y así, por ejemplo, tenemos como sociedad y como Estado, en general, una alta tolerancia a la corrupción, y esto se refleja en comportamientos políticos, en comportamientos sociales o cuando decimos «no importa que robe, pero que haga obra» no este o cuando señalamos «nosotros matamos menos», o «tengo una muralla china, por ejemplo, entre mis negocios privados y mi actuación pública», etc.

Entonces, esta alta tolerancia a la corrupción refleja, pues, un relativismo ético que tiene que ver con la falta de integridad en nuestras prácticas diarias. No somos muy respetuosos de las normas ni de los principios y valores éticos. Entonces, ¿qué hacer?, ¿qué hacer frente a este problema?

Otro tema que vinculo a esta suerte de relativismo ético es no solamente, digamos, el surgimiento de los llamados antivaleores, sino la presencia de lo que se conoce también como «pseudovaleores», que lo único que nos señalan y están, prácticamente, orientando mal a nuestros jóvenes, que es el grupo social con el cual debemos trabajar muy fuerte para fomentar una cultura de valores y una cultura de integridad, es que lo único importante es ganar, por ejemplo. Lo único importante es ser exitoso y ganar mucho dinero, por ejemplo. O, quizás, señalar que no importa, digamos, respetar las reglas porque, finalmente, los que tienen poder hacen lo que le da la gana, y eso representa un pseudovaleor que es muy peligroso que se internalice, pues, en la mente y en la práctica de todos. No solamente de los operadores jurídicos que están alrededor del arbitraje, sino de todas las personas que conformamos este estrato social que es el Perú, ¿no es cierto?

Entonces, más que competencias exigibles a los árbitros, creo que es hora de pensar, realmente, en cómo fomentar una cultura de integridad en el arbitraje. Primero, basado en el compromiso del árbitro, de las partes, de los auxiliares de los arbitrajes, de los centros arbitrales, etc., para tener una sola mirada hacia cómo debemos enfrentar los problemas que hemos tenido en los últimos años en la gestión de los arbitrajes, en cómo se han detectado numerosos casos de corrupción, y que han dañado, lamentablemente, la institucionalidad del arbitraje.

Y con esto no quiero señalar que existen personas que han contribuido a eso, o personas que se han comportado mal o que han cometido delitos, sino que ese es un tema, vuelvo a repetir, estructural y, en ese enfoque, quisiera también señalar que más allá del compromiso, hay que ver qué responsabilidades nos compete a cada uno como árbitros, como centros arbitrales, como secretarios arbitrales, etc., para promover la integridad.

Las empresas, cuando promueven prácticas de integridad en sus corporaciones, hacen un mapeo de riesgo, por ejemplo.

Entonces, lo que creo que debemos hacer para tratar de ver los problemas de falta integridad en el arbitraje es qué riesgos está enfrentando hoy el arbitraje en el Perú para ver qué medidas podemos adoptar para prevenir, justamente.

La cultura de fomentar, por ejemplo, códigos de ética, prácticas de *compliance*, denuncias anónimas, etc., se relaciona más con una cultura preventiva. La parte punitiva del desarrollo de normas parece que no funciona con temas que tienen que ver con la práctica de valores como la integridad.

Entonces, más allá de, digamos, de los reglamentos y de las normas, tenemos que hacer este mapeo de riesgo, para ver a qué nos enfrentamos realmente y qué medidas podemos tomar.

Hace algunos años atrás, la Universidad del Pacífico con el estudio de Alfredo Bullard, por ejemplo, hicieron un seminario vinculado, justamente, a fomentar la transparencia en el arbitraje. Ellos hablaban de realizar encuestas, por ejemplo, a las personas que litigan a través del arbitraje, para saber cómo se comportan los árbitros, si se duermen en las audiencias, si son responsables con los tiempos y los manejos del arbitraje, etc., y, entonces, así crear un sistema de información que sea útil para todas aquellas personas que quieran llevar o pacten un convenio arbitral para saber, pues, precisamente, con qué tipo de árbitros se van a enfrentar, y escoger.

Entonces, que funcione un sistema de mercado, digamos, para elegir al mejor, al que sea óptimo según nuestras propias percepciones, y como basado en la experiencia y en todo lo que se pueda conocer de sus anteriores arbitrajes, de su práctica arbitral.

Otro tema importante para incentivar o para crear una estrategia que fomente la integridad en el arbitraje, también tiene que ver con esta transparencia que tiene que haber, y que ya se ha iniciado, por ejemplo, en los arbitrajes donde participa el Estado.

Y un excelente ejemplo que quiero resaltar acá, también es el que la Cámara de Comercio de Lima creó con «El Faro de Transparencia» que está en su web, que, realmente, es un sistema muy importante para enterarnos qué árbitros han sido recusados, cuántos arbitrajes tienen, las sanciones que han surgido, etc., y que me parece un tema muy importante a replicar, porque, precisamente, de eso se trata, de que conozcamos quiénes son los árbitros que están disponibles para poder ser elegibles ante cualquier controversia que pueda ser arbitrable.

Y, finalmente, creo que, vuelvo a repetir, no es un problema de normas, no es un problema solamente de reglamentos o de códigos de ética, sino que hace poco leía, por ejemplo, una frase que está dentro del sistema de *compliance* de una empresa noruega muy importante con participación en nuestro mercado, que decía «más importante que el resultado es el *compliance*, el cumplir con nuestras obligaciones legales y contractuales y de respeto al medio ambiente, a las buenas prácticas corporativas».

Entonces, justamente, quiero concluir mi participación con ello, más importante que el resultado, que ganar, muchas veces es importante, obviamente, porque estamos en un mercado muy competitivo, donde interesa sí ganar, pero creo que, respetando las reglas, respetando los principios y tratando de encontrar arquetipos o modelos que puedan ser replicables y puedan ser no solamente, pues, digamos, las conductas sancionadas o los delitos que se han cometido, pues, deben ser resaltados. Que sí deben, de alguna manera, pues, comunicarse, sino también tratar de encontrar aquellos arquetipos o modelos de buenas conductas, de buenas prácticas, que puedan ser replicadas por los diversos centros y puedan ser puestas en práctica por los árbitros, y todos los que están alrededor de esta noble institución que es el arbitraje.

Muchas gracias.

Irma Rivera Ramírez: Doctor, muchísimas gracias.

Yo considero que, de lo que usted ha manifestado, hay unos temas muy importantes que debemos recordar, y son aquellos que usted menciona en donde relaciona la integridad con la consistencia y la coherencia, no solamente en el actuar de los árbitros, sino de todos aquellos actores, como ya lo hemos mencionado, vinculados a un trámite arbitral.

Es necesario, como usted bien lo decía, pasar de la teoría a la práctica para que, de verdad, esa integridad evite que se generen problemas estructurales que van a afectar el método y a todos los que están teniendo algún tipo de participación en ese método. Y esa consistencia y coherencia, como lo mencionaba, también tiene relación con lo que es la ética, y cuando estamos hablando de la ética de lo que se hace y cómo se hace, pues, hay temas muy importantes, en los cuales tenemos que tener un especial cuidado; y es, por ejemplo, cómo desarrollamos y cómo solucionamos, si son posibles de solucionar, algunas situaciones que se presentan en el trámite arbitral; y, por supuesto, respetando siempre el principio de transparencia para evitar que se generen conflictos de intereses que puedan dar al traste esa confianza y afectar esa confianza que se tiene en el método, y ese mapeo de riesgo que usted mencionaba es fundamental para saber cómo esos riesgos se pueden acotar, y cómo esos riesgos se pueden evitar.

Y siguiendo un poco con lo que estamos tratando en temas de integridad, a mí me gustaría que continuáramos nuestro análisis con la doctora Rodríguez, y me gustaría mucho que la doctora Rodríguez nos diera su visión en relación con un interrogante que, a veces, sale de toda la actividad práctica y es, doctora, ¿usted cómo analizaría la integridad desde el punto de vista de las recusaciones que se presentan en los trámites?

Muchas gracias por su respuesta.

Silvia Rodríguez Vásquez: Gracias, Irma.

Buenas noches con todos. Voy a pasar a responder esta pregunta a través de lo que es el análisis, precisamente, de la recusación y de los datos que hemos ido recogiendo a lo largo de estos años. Pero, no quería olvidarme de agradecer, en realidad, yo soy de la casa, y, en realidad, voy a aprovechar el espacio que tengo para agradecer a los panelistas, a los moderadores, a ti Irma, muchísimas gracias; tan camiseta PUCP que eres, y verdad que te agradezco muchísimo. Al público que nos acompaña, muchísimas gracias por estar acá, como siempre, todos los años; y, especialmente, al equipo de capacitación, al equipo de arbitraje; y, obviamente, al equipo de SGA, en especial, a Anthony Hazaña que nos ayuda siempre con todos estos temas. Muchísimas gracias.

Atrás de este congreso, atrás de toda esta organización hay mucha gente que nos desvelamos, realmente, por dar, por traer novedades y por traer toda esa información a ustedes.

Bueno, yo quería presentarles ahora algunos datos que he tenido de recusaciones; y, obviamente, tomando las palabras de Alfredo y de Luis Alberto, ver este tema de la recusación, cómo se puede ver, cuál es, cómo se puede analizar la integridad, viendo la recusación, a la vez. Por eso es que yo le he puesto algo así como una pregunta: ¿las recusaciones realmente son una defensa de la integridad? Esa es una pregunta que me hago, y es un poco para analizarlo. Y lo primero que quería hacer, espero que lo puedan ver todos, lo primero que quería hacer era tomar las palabras de lo que es «integridad», por ejemplo, para esta oficina de las Naciones Unidas. En realidad, es un pequeño concepto porque ya han estado hablando de lo que es la integridad; es que la integridad es la congruencia entre las creencias, las decisiones y las acciones, y el apego continuo a los valores y principios.

Entonces, una persona es íntegra; es que esa persona no es corruptible como resultado de su integralidad, de ser íntegro, y la conexión de sus valores y principios.

Miren qué interesante la forma en cómo lo ve esta definición. Entonces, luego, también señalan, a menudo, se usa la integridad junto con la ética, lo cual sugiere que los valores y principios a los que uno se apega, deben ser valores éticos.

Estamos hablando de la honestidad, la apertura, la rendición de cuentas y la confiabilidad, es lo que hablan estos autores tomados de un módulo sobre integridad y ética de esta oficina de las Naciones Unidas.

Entonces, cómo creo que se debe ver la integridad en el arbitraje. Ya había esbozos de mis antecesores, que estaba señalando Alfredo y también Luis Alberto, en relación a que la integridad debe ser 360 grados.

Mucho hablamos y muchas veces se ha estado hablando de la integridad de los árbitros. Los árbitros tienen los conflictos de interés, los árbitros tienen las recusaciones, los árbitros son los que tienen el problema, hemos tenido temas de corrupción de los árbitros, pero también miremos a los otros actores.

Entonces, por eso he querido simular esta rueda de 360 grados donde tenemos a los árbitros, obviamente, esos son los más conocidos a quienes se les pide ser íntegros, evitar conflictos de interés, ser ético, etc., etc. Y también nos lo piden a las instituciones arbitrales. Y, por ejemplo, en el caso nuestro como centro, tenemos nuestro sistema de gestión integrado, en el que tenemos el sistema de gestión de la calidad y tenemos el sistema de gestión antisoborno, porque eso es lo que se pide y eso es lo que se está buscando. Y, efectivamente, Irma, respondo a tu pregunta sobre los mapeos de riesgos; los tenemos. Nosotros mapeamos los riesgos que se pueden tener, por ejemplo, ante una situación límite que se presenta; sabemos, lo tenemos mapeado y sabemos que se puede presentar, y qué hacemos cuando se presenta.

Entonces, ¿las instituciones arbitrales también tienen que mostrar integridad? Sí, las instrucciones y los que formamos parte de estas instituciones. Desde la dirección, pasando por la secretaría general, pasando por todos los secretarios, y pasando, incluso, hasta por los otros colaboradores que, de repente, hacen unas funciones que, tal vez, no parezcan tan importantes, pero en todo momento se necesita que también cumplan sus funciones con integridad.

Pero ¿por qué no hablamos de las partes? ¿Y por qué no hablamos de los abogados? ¿Y por qué no se hablan de los demás intervinientes en el arbitraje? Peritos. Acabo de ver una pregunta por ahí que hablaban de los peritos; la integridad de ellos también. De los profesionales que también intervienen. Testigos. Creo que como lo mencionaba Luis Alberto, el problema va más allá. Es un tema que trasciende el arbitraje. Sin embargo, esta justicia que es una justicia privada se ve mucho más afectada y mucho más cuestionada ante la ausencia o conductas que no apuntan a ser íntegros. Claro, siempre la mirada ha sido hacia los árbitros e, incluso, hasta las instituciones arbitrales. Pero no se miran las partes sobre las estrategias, por ejemplo, que tienen o que les sugieren, tal vez, los abogados o que se la inventan ellas también para poder, de repente, ganar la pretensión, ganar el arbitraje.

A quienes contrato como abogados, ¿qué es lo que está haciendo el abogado? El abogado, de repente, sabe que, al tener determinada actuación, está mostrando su integridad ante los árbitros y ante la institución arbitral.

El perito que se contrata y que, de repente, tiene una pericia que no tiene punto de comparación con otras pericias, sabe que también los árbitros y la institución arbitral está midiendo su integridad, tal vez, también, al momento en cómo están presentando esta pericia.

Entonces, yo he querido hacer esta presentación hablando sobre esta recusación como defensa de integridad, pero pongo acá un signo de alarma, un signo de advertencia, porque no necesariamente las recusaciones son interpuestas, en caso de cuestionamientos a la integridad del árbitro, o cuestiones de ética.

O sea, eso nos queda claro e, incluso, nuestra corte de arbitraje varias veces lo ha mencionado. Eso es lo primero que quisiera dejar en claro. Y también dejar en claro que se ha presentado un fenómeno muy particular, desde hace algún tiempo ya.

Yo tengo bastantes años en el arbitraje y este fenómeno se viene presentando, digamos, unos cinco años atrás, donde existen recusaciones que carecen de fundamento real: las recusaciones frívolas, donde, cuando uno lee, dice cómo es posible; ya, está bien que el papel aguante todo, pero cómo es posible que alguien haya podido poner una firma en este argumento.

O sea, uno lee y dice: «Definitivamente, esto no pasa. No va a pasar». La corte lo sabe, ya hay criterios. Nosotros hemos ido formando criterios y uno lee y dice: «¿Por qué es que presentan algo así? ¿Cuál es, en realidad, su finalidad?».

Entonces, hemos ido revisando, como les mencionaba, este equipo me está ayudando para revisar algunas recusaciones en los últimos dos años. Todavía no tenemos las del año 2022 porque no termina, pero hemos sacado las del 2020 y 2021.

Por ejemplo, en el 2020, hemos tenido 57 recusaciones en total, a pesar de que estuvimos suspendidos unos cuantos meses por la pandemia. Se presentaron 57 recusaciones, y en el 2021 ya se duplicó; fueron 110 recusaciones; y, entre ambos años, el centro ha recibido 1042 arbitrajes.

¿Qué hemos visto? Y aquí les comparto esta estadística. Que, por ejemplo, las recusaciones infundadas en ambos llegan solamente como infundadas, llegan a ser más del 60 %; es decir, las partes han presentado recusaciones que, o eran frívolas, o, simplemente, la corte cuando lo revisó consideró que esa falta de confianza en el árbitro no era amparable. Estamos hablando de más del 60 %; en un caso, 61 %; en otro caso, 62 %. Tenemos improcedencias también porque lo presentan de manera extemporánea. Incluso, recuerdo un caso donde lo había presentado después de más de un año, según, por haber conocido el hecho. Y en un caso es el 5 %, y en otro caso es el 11 %. Y que carece el objeto porque, de repente, en alguna situación ocurrió que ya no era necesario el pronunciamiento, llega a ser 9 % y 8 %.

En total, las recusaciones no amparadas; no tomemos en cuenta los desistimientos. Acá está la cantidad de fundadas llega a ser en el 2020: 23; en el 2021: 18. Pero, al final, las recusaciones no amparadas llegan a ser en el 2020: 75 %. Es decir 75 % de esta herramienta usada sin necesidad. Y, en el caso del 2021, llega a ser 81 %.

Acá ponemos, más o menos, cuáles son las posiciones que han tenido los recusantes, en el caso, como ustedes pueden ver, cuando el sector público es demandado, pueden ver las barras, es mayor la cantidad de veces que recusa. Sucede lo contrario en el caso del sector privado, donde cuando es el demandante, recusa más veces, y es extraño. Entidades recusan más cuando es demandado. Ya sabemos que, cuando hay recusación, es muy probable que el arbitraje se ralentice o se suspenda, pero me sorprende mucho más el caso, por ejemplo, del demandante que, al ser el interesado en que avance el arbitraje, tengamos más recusaciones, desde el punto de vista de este sector privado. O sea, cuando son demandantes el sector privado recusa más.

Esos son puros datos y estadísticas que estamos teniendo, y los estamos poniendo de manera objetiva.

¿A quién se recusó más? De lejos más del 50 % siempre es el árbitro designado por la contraparte. Y también hay un cuestionamiento a las designaciones que realizan el centro, en este caso, pero nos llama poderosamente la atención que siempre este recusa, por más del 50 %, al árbitro de la contraparte; una desconfianza terrible. Lo ven como el abogado; es muy probable que eso sea. Lo ven como el abogado.

Y eso fue, digamos, un poco más de trabajo. Espero que se pueda ver. Lo que quisimos hacer acá es ver en qué etapa de las actuaciones arbitrales es la que se interpone la recusación. Y notamos, por ejemplo, que la recusación se interponía antes, es altamente en mayor número, es cuando todavía o todavía no se ha constituido o recién se ha constituido y está por continuar el arbitraje.

Tenemos un 22,81 % en el caso del 2020, previo a la constitución, y tenemos un 30,91 %, por ejemplo, en el caso del 2021: 30,91 % de estas recusaciones. Lo que nos hace ver que, nuevamente, por qué es que antes de la constitución del tribunal arbitral, o cuando recién está constituido, o cuando está constituido, pero hay un previo que se va a fijar todavía las reglas, se presentan las recusaciones, mientras que, obviamente, como ustedes ven, declina cuando va avanzando el arbitraje.

Bueno, todos podemos sacar conclusiones de cuál sería, entonces, esa finalidad, considerando que hay un casi un 75 % a 81 % de recusaciones, que declaran que no son amparadas, y cuáles son los contratos que nos traen más recusaciones.

Y, en este caso, el premio se lo llevan los contratos de obra. Claro, los contratos de obra, ejecución de obra, que son los más complicados, o, tal vez, los que tienen un mayor monto, en los que se está jugando un mayor monto económico. Es más, esto, incluso, llega a sumar más de lo que ustedes ven aquí, si sumamos los servicios de obras, sobre obras, que son, obviamente, las supervisiones. También, sumando esto, en el 2020 llega a ser 61,40 %, y en el 2021, llega a ser 81,82 %.

Vemos, entonces, que también se está concentrando en los contratos de obra, ese tipo de «herramienta», entre comillas quiero decir, para no avanzar con los arbitrajes, porque, como les mencionaba, hay una, digamos, regresando a la filmina anterior, hay un porcentaje muy alto en que se interponen las recusaciones antes de que el tribunal esté constituido. Es como que, para evitar que esto avance.

Dentro de estas recusaciones, yo quiero hablar de las recusaciones frívolas. Esas recusaciones que siempre se habla de ellas, pero no hay, de repente, algunos ejemplos claros; recusaciones huecas, vacías, que no tienen sustancia, más o menos, podría llamar así que son esas acusaciones.

Por ejemplo, tenemos una recusación que fue basada en relaciones personales inexistentes. La árbitra, cuando aceptó el cargo, no reveló la situación laboral de la hermana del excónyuge del árbitro, cuando esta persona aparecía que era divorciada hace muchos años; sin embargo, esta parte la recusó porque no había revelado la situación laboral de la excuñada, podríamos decir.

Esta recusación es una recusación frívola que sabíamos que iba a determinar que no tenía ningún tipo de relación con el arbitraje, y se declaró infundada. Pero, obviamente, atrasó el caso.

Otras recusaciones frívolas que tenemos son, por ejemplo, en errores de información. En este caso, un privado indicó que el árbitro no había revelado un servicio brindado a la entidad. Hay una transparencia total, las entidades transparentan todo, y el privado, obviamente, buscando información encuentra esto. Entiendo que el abogado no debió haberlo revisado porque debió haber revisado correctamente, y cuando se dieron cuenta, en realidad, presentaron la recusación; y, luego, cuando revisamos todo, lo que había sucedido es que estos pagos eran por servicios relacionados a su desempeño como árbitro. Eran honorarios arbitrales; sin embargo, presentaron la recusación.

Otra recusación también que consideramos frívola, es esta basada en desconocimiento de la norma, que también la consideramos frívola. ¿Por qué? Porque no existe ningún sustento. Es todo lo contrario, o sea, más bien la norma dice lo contrario. Desconocen la norma, según lo que refieren, y presentan las recusaciones.

Por ejemplo, hubo una recusación en la que le exigían que el árbitro tenía que estar inscrito en el Renace. Eso, definitivamente, acá les pongo el lineamiento que regula este registro y señala que es,

absolutamente, voluntario. Algo que está de manera textual, ¿cómo puede fundamentar una recusación? Nos da qué pensar.

Otro tema, por ejemplo, nuevamente, en desconocimiento de la norma, es la exigencia del RNA, muy conocido por nosotros. El RNA para controversias que derivan de casos donde no aplica la Ley de Contrataciones. Por ejemplo, nosotros tenemos arbitrajes que derivan de contratos con el Programa Nacional de Alimentación Qali Warma. Ahí no se exige la inscripción en el RNA; y, sin embargo, este privado exigía, y por eso recusó al árbitro porque no estaba en el RNA, y consideraba que debía estarlo. Son reglas que inventan, de repente. Quiero llamar desconocimiento de la norma, pero, en realidad, yo podría decir que se está planteando otro tipo de finalidad; otro tipo de finalidad para plantear algo tan evidente y que, obviamente, si una persona ha contratado con el Estado, lo mínimo que debe saber es cómo puede resolver sus controversias. Por eso es que esto nos llama poderosamente la atención.

Entonces, como conclusiones a las que podríamos llegar es que las cifras de muestran que las recusaciones están siendo planteadas con diferentes fines.

Tenemos demasiadas recusaciones infundadas, y yo solamente he dado unos cuantos ejemplos de los que son estas recusaciones frías. Sabemos la existencia de recusaciones que, tal vez, hayan podido, efectivamente, causar confusión y, de repente, llevan a un análisis mayor para que la corte pueda decidir. No necesariamente todas son fundadas. Hay infundadas que, de repente, han tenido razón de plantearlas, pero la corte lo considera de otra manera. O sea, la percepción que puedan tener puede ser que ellos sientan o perciban eso, pero la corte lo percibe como un tercero imparcial. A veces, las partes son demasiado sensibles en determinadas situaciones, y plantean esas recusaciones. No quiero llamarlas, en ese caso, frías, pero las que yo les he mostrado, y que hay muchísimas como esas, que no me alcanzaría el tiempo que me han dado para poder exponer. Hay muchísimas más que son frías.

Entonces, la integridad como conducta coherente con la ética, no solo debe ser cumplida por los árbitros, sino también por las partes y los abogados que los asesoran.

Aquí, una vez más, mencionamos que siempre se habla de los árbitros, siempre se habla de la manera que si hay investigaciones por corrupción, colusión, de repente, pero las partes y los abogados son los que también tienen que desenvolverse en el arbitraje, como lo indicó Alfredo, de acuerdo al artículo 38 de la Ley de Arbitraje, de buena fe, con ética, con integridad: «Para el buen funcionamiento del sistema arbitral peruano, las partes y sus abogados deben evitar estas prácticas dilatorias».

En el caso nuestro, que hacemos todo ese análisis, cada vez que vemos una recusación fría, advertimos que se trata realmente de una práctica dilatoria. La solución que ha dado el Estado peruano para el caso de las contrataciones del Estado, me refiero, este tema de las tres recusaciones declaradas infundadas y ya no se podría recusar más, consideramos que no es suficiente. Hay que trabajar más, hay que apuntar a mejorar el sistema. Yo creo que el sistema arbitral peruano está en riesgo, pero no solamente por teorías trasnochadas o personajes pintorescos, por decir lo menos, sino porque nosotros mismos como actores, no lo estamos cuidando. Las partes y los abogados, muchos de ellos, también son árbitros, no lo cuidan. Tenemos que cuidarlo.

Creo que no es suficiente lo que está haciendo, en este momento, la normativa o lo que ha hecho la normativa. Creo que debe haber un mayor desarrollo, y en el caso de nuestro centro, estamos desincentivando ese tipo de conductas, como les mencionaba, por el sistema de gestión integrado que tenemos la revisión de todo lo que se hace mapeo de riesgos; y, obviamente, estamos comprometidos a sancionar este tipo de conductas, a través del Código de Ética, por lo que muy pronto vamos a sacar información al respecto de los cambios para que también lleguen sanciones a los abogados; y, de ser posible, a las partes también.

Tenemos regulado el tema de los árbitros, pero las partes y los abogados, dada la situación que se está presentando en este momento, consideramos que ha llegado el momento también de aplicar esto terrible porque, en realidad, deberíamos no estar sancionando por ese tipo de cosas, pero creo que sí ha llegado el momento de hacerlo.

Eso es todo lo que tenía que decir.

Muchísimas gracias.

Irma Rivera Ramírez: Doctora, muchísimas gracias por su intervención. Creo que hay un punto que me llamó muchísimo la atención y que quisiera compartir, Y es que, al final, las recusaciones, como herramienta que puedan salvaguardar en la integridad, si son bien utilizadas, seguramente, van a cumplir con su objetivo; si se abusa de la herramienta, posiblemente, se va a obtener un objetivo contrario al que, por naturaleza, genera o se busca con la recusación. Y, en ese orden de ideas, a mí me gustaría mucho, por favor, escuchar a la doctora Revilla para saber cuál es su opinión en relación con una cuestión que es importante y que algunos de ustedes han mencionado en sus intervenciones: ¿cómo afecta la corrupción de, por ejemplo, las licitaciones o los contratos, el esfuerzo por defender y construir una cultura de integridad en el arbitraje?

Ana Teresa Revilla Vergara: Muy buenas noches y muchas gracias por la invitación. Gracias al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica.

Bueno, debo confesar que, para preparar mi breve exposición, me removió mucho. Me removió mucho porque, sin querer, estuve ocupando cargos públicos en un momento muy complicado nuestro país, en donde salió el escándalo de Odebrecht con las empresas brasileras; y, a raíz de esta situación horrorosa, hemos visto cómo se ha maltratado muchísimo a abogados de primer nivel; abogados que, sin tener información alguna, de que estos procesos habían sido convocados de manera fraudulenta, que habían sido armados por estas empresas brasileras con funcionarios, expresidentes, incluso. Tenemos una situación ahorita con un expresidente para el que estamos pidiendo su traición al Perú, en donde ha recibido fuerte dinero de estas empresas brasileras.

Entonces, vemos que, efectivamente, fue un momento muy duro para el arbitraje peruano; y, claro, la corrupción que empieza por el sector privado con el público termina salpicando a personas que no tenían nada que hacer en el asunto; y, de repente, se ven envueltas en unos procesos horrorosos. Y, efectivamente, es que la corrupción tiene como efecto, justamente, destrozamiento de sociedades.

Entonces, es algo que tenemos como personas, ya sea con funcionarios, como abogados, como árbitros, tenemos que estar muy atentos a todas las señales que puedan darse al respecto.

Lamentablemente, estas empresas brasileras: Odebrecht, Camargo Correa, Queiroz Galvao, OAS, Andrade Gutiérrez, diseñaron una práctica muy eficiente de corrupción y enlodaron, pues, no solo al Estado peruano, sino también a muchos países de la región.

Entonces, efectivamente, frente esta pregunta es ¿la corrupción afecta y afectado mucho la institución arbitral? Y ha afectado muchísimo a la imagen de muy buenos profesionales.

Bueno, entonces, ¿qué se puede hacer, o sea, con estas situaciones? O sea, esos árbitros no participaron, ni en la elaboración de los expedientes ni en los términos de referencia en los concursos. Nada. O sea, ellos eran como invitados para la discusión de la ejecución de un contrato o ya cuando hay una discrepancia, y se ven en este tema.

Entonces, efectivamente, la corrupción afectó muchísimo al arbitraje y multi afectó muchísimo a estos profesionales que están metidos en el arbitraje de manera profesional, realmente, en el mejor significado del término.

Ahora, eso, desde un primer ángulo, pero, desde un segundo ángulo, se puede decir también lo contrario. O sea, dada la existencia de malos árbitros que no han cumplido a cabalidad con su papel, y que, más bien, han torcido su actuación, desprestigiando con ello la institución arbitral, las investigaciones por corrupción pueden contribuir a la separación definitiva de estos malos árbitros de la institución arbitral.

Entonces, eso puede ser útil también porque, una de las cosas que nosotros tenemos que tener presente siempre, cuando hablamos del arbitraje y el arbitraje institucional en el país, es que el Perú es el único país que yo sepa que tiene la institución, el arbitraje como medio solución de controversias obligatorio para los contratos públicos.

Y, entonces, uno se pregunta, ¿si es tan bueno, por qué no se ha replicado en otros países?

Entonces, hay un tema que tenemos que seguir construyendo sobre esto porque, efectivamente, hay espacios que son zonas grises. Una zona gris, por ejemplo, muy, muy complicada que se ha producido los últimos años, es, justamente, con esta creación de instituciones desde que se puso, pues, la necesidad de que los arbitrajes en contratación pública sean institucionales, en enero del 2020, se han creado instituciones arbitrales *express*, que son, justamente, las que están ahorita dañando la imagen del arbitraje.

He estado recabando alguna información, y me informaban que, por ejemplo, se han creado un montón de estas instituciones que se crean de un día para otro, basta con la inscripción en el Registro del Ministerio de Justicia. No tienen reglamentación, no tienen lineamientos que reúnen su actividad, tampoco tienen tarifarios, tampoco tienen honorarios fijados con criterios objetivos. Entonces, incluso, fijan horarios de atención que los cambian permanentemente, y esto hace, pues, que, efectivamente, los procuradores, las personas que tienen que defender o tienen que participar en estos, no puedan tener una previsión.

Y esta ausencia de regulación y de eliminación de emisión de lineamientos que permitan predecir el funcionamiento del centro. No es algo que se haya hecho. Es algo pendiente que está bajo la responsabilidad, en este caso, del Ministerio de Justicia, de la dirección responsable, pero, lamentablemente, no ha tomado actuación.

Entonces, no hay un seguimiento y no hay una fiscalización de esas instituciones. O sea, no estamos hablando, ojo, de las instituciones arbitrales serias como la Católica, la Cámara de Comercio, Amcham Perú. No, estamos hablando de instituciones arbitrales que se crean de la noche a la mañana, a raíz de un contrato con el consorcio en donde han participado estas famosas empresas chinas que han estado ganando muchas licitaciones en el Estado, y que han encontrado, por ejemplo, que el abogado de la empresa es esposo de la titular de la institución que se ha creado.

Entonces, hay esta proliferación que creo que merece mucho ojo por parte de las instituciones serias para que se pueda levantar la voz para decir: tenemos que poner coto a esta situación porque es, realmente, lamentable. Esto está impactando negativamente, obviamente, a la institución en su conjunto.

¿Qué otros aspectos nos preocupan? Nos preocupa esta desatención que se ha producido de parte de la dirección de arbitraje del OSCE. Antes, la Dirección de Arbitraje del OSCE producía documentos en donde se podía uno orientar y ver cuáles son las situaciones de riesgo que se puedan estar dando.

Actualmente, tienen, en base al Reglamento de Organización y Funciones, tienen la competencia para elaborar estudios sobre los laudos o las actas de conciliación y las sentencias y demás temas para ver cómo se están resolviendo las controversias en las compras públicas, pero no hay una actividad.

Y acá sí también se necesitaría, yo me magino; yo soy docente en la Universidad Católica, si es que uno le da a los estudiantes la posibilidad de analizar y ver el comportamiento, no solamente abogados sino a los economistas para ver los lineamientos, o ingenieros que puedan participar en mirar qué es lo que está pasando, podría ayudar mucho a la construcción de esta institución arbitral, que, bueno, si bien tiene bastantes años en el Perú, pero que con estas deficiencias del funcionamiento de estas nuevas instituciones que se han creado, creo que vale la pena poner el ojo.

Se ha dicho en las exposiciones anteriores que, claro, en el tema de la ética se parte de la formación, de los valores que uno pueda tener. Yo ya lo he dicho en algún otro evento de esta naturaleza y sugiero siempre mirar los experimentos que se hicieron a través de este psicólogo social, Philip Zimbardo, en donde demuestra que, cuando no hay responsabilidad, cuando no hay vigilancia, cuando no hay tomar la decisión del control, supervisión y demás, las personas pueden actuar, y actúan muy mal. Y el porcentaje es sumamente elevado.

Entonces, uno tiene que ser responsable y uno debe tener reglas claras; y, es decir, tiene que construir un sistema.

Entonces, el sistema arbitral en el Perú creo que no está, definitivamente, no está bien armado, bien constituido por esta proliferación, por ejemplo ahorita de estos sistemas de instituciones arbitrales que se han creado *express*, en donde no hay ningún control, no hay nadie que supervise. Tenemos también una buena cantidad de árbitros que no cumplen el papel, no tienen nadie que haga un trabajo así, técnico, eficiente como lo hacen los centros arbitrales reconocidos.

Y, entonces, acá uno se pregunta ¿qué se puede hacer? Porque, claro, la diferencia, por ejemplo, entre que una persona en otro país se pase la luz roja y acá no se la pase, es porque allá tienes alguien que te va a poner la papeleta inmediatamente. Acá no.

Entonces, bueno, qué es lo que, dentro de este margen de actuación de la institución arbitral, cuáles son los candados que se deberían poner para que esto funcione mejor.

A mí me preocupa mucho, como les digo, cómo está funcionando esto porque el impacto es nefasto. De lo que me comentaban eran como cincuenta y tantos contratos de estas empresas chinas, en las que se están llevando a cabo estos arbitrajes, y esto va a repercutir inmediatamente en la institución arbitral, en su conjunto, por los montos. O sea, el tema de Odebrecht y empresas brasileras impactó horrosamente en los árbitros de primer nivel del Estado peruano. Fue, realmente, lamentable, y esta segunda ola ahora con estos contratos y con estas instituciones, creo que también va a impactar enormemente. Y eso nos preocupa muchísimo.

Bueno, eso es lo que quería compartir con ustedes brevemente.

Muchas gracias.

Irma Rivera Ramírez: Doctora, muchísimas gracias por su intervención. Yo creo que es importante. Yo creo que para todos llama poderosamente la atención que, por supuesto, cualquier acto de corrupción va a afectar al arbitraje como método de resolución de controversias. Y, adicionalmente a lo que usted mencionaba con mucha claridad, es que la transparencia que permite que se entienda qué es lo que está sucediendo, que se entienda que está pasando, posiblemente, va a reforzar esa integridad que debe cobijar el procedimiento arbitral; y que, por supuesto, se debe permear a todos los que intervienen en un trámite arbitral.

Nos quedan unos minutos, y con la venia de la organización, quiero compartirles a mis colegas unas preguntas que nos han enviado los asistentes.

La primera de esas preguntas se refiere o está redactada de esta forma, y nos preguntan si el principio de integridad es aplicable a todos los participantes en el arbitraje, ¿cómo puede un árbitro

corregir o sancionar una conducta errada de las partes? ¿Meditando su conducta procesal al momento de laudar? ¿Condenando en costas u otra opción?

Yo quisiera trasladarle esta pregunta al doctor Soria para saber qué opina sobre esta inquietud de algunos de nuestros colegas.

Alfredo Soria Aguilar: Muchas gracias.

Bueno, en otros países hay, inclusive, la posibilidad de aplicar multas. Eso está totalmente prohibido en nuestra ley actual de arbitraje. Hay una precisión que se hizo en el marco de las contrataciones con el Estado, y me parece que está bien. O sea, todavía creo que no estamos preparados para ese tipo de regulación. Y, además, el número de arbitrajes es importante que se maneja en el país, no es el mismo que en otros países.

Respecto de si puede aplicarse algún tipo de consecuencia al momento de laudar, como, por ejemplo, en los costos del arbitraje, habría que tener en cuenta también primero, si es que el convenio arbitral no establece alguna regla sobre los costos del arbitraje, porque el tribunal solamente puede tomar su decisión en el marco de las reglas que han establecido las partes, y las partes en su convenio arbitral señalan un pacto específico que evitaría que se tome en cuenta, por ejemplo, la conducta procesal de las partes, por ejemplo, señalando que la parte vencida es la que asume, y que evitara, eventualmente, analizar tendría que aplicarse el criterio de lo pactado por las partes en su convenio arbitral, antes de que surja siquiera la controversia.

Muchos caminos no tienen; o sea, puede valorarse ese tipo de actuaciones, sí, cuando no hay ningún pacto o alguna restricción porque forma parte de los criterios que toman, a veces, algunos tribunales arbitrales para determinar los costos de arbitrajes, si colaboraron o no con el procedimiento habitual, como dice la Ley de Arbitraje en el artículo 38, el citado artículo acerca del principio de buena fe.

Entonces, puede tomarse en cuenta, sí, pero en el tema de los costos, en la medida de que no exista ninguna restricción en el convenio arbitral.

Después, otras acciones que puedan tener los árbitros. No tenemos muchos mecanismos a la fecha. Por eso es importante que las entidades arbitrales, eventualmente, de ser el caso, por ejemplo, cuando hay conductas en las cuales se presentan recusaciones frívolas, etc., resuelvan rápidamente los casos, para que no impidan la buena marcha del arbitraje en cuanto a tiempos, porque es responsabilidad de los árbitros tratar de llevar adelante el proceso, y a veces, estas conductas dilatorias impiden lograr ese objetivo y con las buenas decisiones y oportunas decisiones de las instituciones arbitrales, puede sacarse adelante los casos arbitraje.

¿Qué más podría decir?

Hay también en los colegios profesionales conductas éticas que deben ser respetadas, pero eso ya escapa al arbitraje, perdón, al árbitro. Entiendo que eso ya escaparía al árbitro.

Eso sería lo que tendría que decir, salvo que alguien tenga algo más que complementar en este tema.

Irma Rivera Ramírez: Doctor, muchísimas gracias. Yo quería saber si el doctor Arequipaño tiene algo que le gustaría agregar con relación a esta pregunta que ha sido planteada, doctor.

Luis Alberto Arequipaño Támara: Sí, encantado, Irma.

Me parece que lo que ha dicho Alfredo se vincula a un tema que yo, en lo particular, he podido acercarme porque trabajo en un ámbito de materias reguladas y empresas reguladas, y me hace recordar mucho al tema de que cuando no existe sanción a una conducta, a una falta, las empresas o las personas tienden a comportarse de manera oportunista. O sea, a ver, haciendo un cálculo de costo-beneficio de cuánto me cuesta incumplir la norma y cuánto le costaría a quien tiene que sancionarme, descubrirme esa infracción. Eso lo estudiaron en Economía hace muchos años, entonces, y también Ana Teresa también hizo referencia a un estudio psicológico.

Entonces, cuando yo expuse el tema de la integridad, por ejemplo, no me estaba refiriendo a que las normas no sean importantes, por si acaso, las normas son importantes, pero promover una cultura de integridad y de respeto a los valores y a los principios, requiere un trabajo intenso y a mediano o a largo plazo. Entonces, las normas tienen que buscar sancionar.

Lamentablemente, como ha dicho Alfredo, no hay herramientas para sancionar las inconductas o las malas prácticas de las partes en un proceso arbitral, y la verdad que los árbitros, cuando laudan, cuando laudamos, digamos, tenemos que cuidarnos mucho, a veces, de poner algún tipo de referencia a alguna conducta porque, inmediatamente, eso va a ser tomado como una vulneración, quizás, a los derechos de defensa o que no fue algo que se imputó durante el proceso arbitral; y, lamentablemente, tenemos que ser muy formales a la hora de resolver.

Entonces, este tema de no contemplar las normas una sanción a estas conductas de mala fe, conductas, comportamientos que tienden a la frivolidad a la que hacía referencia Silvia, por ejemplo, la verdad que, a veces, deja un sinsabor, porque te das cuenta de que hay un comportamiento oportunista, comportamiento dilatorio, hasta de mala fe, pero no puedes hacer nada o no puedes hacer mucho para sancionar esas conductas, lamentablemente.

Esa es mi opinión, Irma.

Gracias.

Irma Rivera Ramírez: Muchísimas gracias y nos encantaría saber si la doctora Silvia tiene algo que agregar, por favor.

Silvia Rodríguez Vásquez: Sobre este tema, no, Irma. Me parece que lo han dicho todo.

No sé si puedo aprovechar para ir respondiendo una pregunta que creo que iba para mí, antes de que vayamos a terminar el panel, que es una pregunta en relación a las decisiones que sí fueron recusaciones fundadas. Ahí más adelantito hay unas preguntas, lo puedo ver, de recusaciones fundadas.

Yo quería mencionarles, como lo dije en la exposición, que, efectivamente, hay recusaciones frívolas y hay recusaciones que han tenido, de alguna manera, una validez para plantearlo; y, obviamente, tal vez, por la percepción de la corte, han considerado que no era suficiente el fundamento que señala esta parte, y por eso se ha declarado infundada.

Por ejemplo, preguntaba esta persona qué podría ser fundado, cuáles fueron las recusaciones que han sido declaradas fundadas.

Básicamente, tenemos recusaciones que, de repente, han sido declaradas fundadas por una designación reiterada, o porque, de repente, ha sido, y la más común es la omisión al deber de revelación; y, por ejemplo, hay un caso en especial, que a mí, particularmente, me llamó la atención; un caso donde un árbitro le debía la devolución de dinero a la entidad, que este árbitro había salido de un arbitraje y no le había devuelto los honorarios; y, sin embargo, había sido designado en un arbitraje con esta entidad, y había aceptado.

Por ejemplo, ese tipo de cosas, obviamente, la corte advierte y acá tengo dos miembros de la corte, en realidad, solamente estoy trasladando los criterios de ellos. Por ejemplo, este tipo de cosas son las que generan un conflicto de interés. No puedo ser deudor de una parte sobre la que yo luego me voy a pronunciar. O, de repente, revelaciones que no han sido del todo hechas correctamente, no siguiendo, incluso, a veces los formatos del centro.

Y, bueno, hay muchas otras más que, en realidad, me encantaría poder compartir, pero sé que el tiempo es tirano y hay otras preguntas, de repente. Irma, perdóname que te haya, que me haya adelantado, pero sí, o sea, hay muchas recusaciones fundadas que sería interesante, y que, de repente, en algún momento lo vamos a sistematizar para compartirlas, obviamente, sin el nombre de las partes. Y, tal vez, también evitando el nombre del árbitro para evitar problemas.

Solo quiero hacer una acotación adicional. Hay recusaciones y, de repente, respondiéndole a alguien por ahí que, tal vez, ha hecho esa pregunta.

Hay recusaciones que han generado demandas contra el centro, Irma, porque nosotros hemos declarado, de repente, la corte ha declarado fundada la recusación y demandan al centro por ello. Y no tenemos ninguna demanda declarada fundada. Al contrario, son desestimadas. Presentan acciones de amparo; y, en realidad, considero que esto es un despropósito; es decir, es violentar un poco la independencia del centro de arbitraje para trabajar y querer imponer una situación. Cuando un árbitro entra a trabajar o a desempeñarse, mejor dicho, como árbitro, tiene que aceptar la competencia de los órganos del centro. Entonces, demandar a los miembros de la corte, demandar al centro, incluso, también yo a veces soy demandada, cuando no pertenezco a la corte, no soy miembro de la corte, solo soy la secretaria general, pues, considero realmente que es un despropósito.

Se está presentando, siempre hemos respondido, hemos actuado y, obviamente, hasta el momento, siempre el Poder Judicial, en ese sentido, ha dado el lugar que corresponde al centro de arbitraje.

Gracias.

Irma Rivera Ramírez: Doctora, muchísimas gracias.

Doctora, Ana Teresa, ¿algo que le gustaría complementar de la intervención de nuestros colegas?

Ana Teresa Revilla Vergara: Creo que los centros de arbitraje, vi algunas de las preguntas por ahí, deberían tener un Código de Ética para poder ceñir el funcionamiento de los árbitros a este código, y cuando hay un incumplimiento poder, por lo menos, ahí aplicar algún tipo de sanción, y a la otra cosa que yo recurriría, es algo que ha dicho el doctor Soría, es utilizar los códigos, los colegios profesionales; o sea, de ingenieros, de abogados. O sea, de ahí van a sentir un poco la pegada los malos profesionales que están metidos también en el mundo del arbitraje.

Entonces sería muy interesante establecer, casi, casi como alianzas estratégicas con los colegios profesionales para poder controlar el buen funcionamiento de las instituciones arbitrales y los árbitros. O sea, podría ayudar muchísimo, creo yo.

Doctora, muchísimas gracias, y ya para cerrar no me resta sino agradecerles a todos los que nos han acompañado, a mis colegas por compartir sus distintos puntos de vista que, por supuesto, nos han recordado la importancia de la integridad, como una condición que legitima la figura del arbitraje, que refuerza la confianza para todos y que extiende esa confianza para que, realmente, el método sea utilizado de forma correcta. Y, además, que sirva para su fin último, que es, simplemente, de solucionar una controversia de manera definitiva.

Y, finalmente, esas decisiones, por supuesto, tienen que estar sustentadas en las normas que regulan el método que resuelven la controversia de fondo; y, por supuesto, con esa condición de

integridad, no solamente se permea a los árbitros, sino a todos los que tienen la oportunidad de estar vinculados a un trámite arbitral.

Me despido, agradeciéndoles a todos su atención y esperando que esta discusión haya sido de su interés.

Muchísimas gracias a la universidad por la invitación y les deseo una muy feliz noche.

MESA N.º 2: ARBITRAJE EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO: ¿UNA BALANZA INCLINADA?

*Ricardo Gandolfo Cortés*¹ (moderador)

*María Hilda Becerra Farfán*²

*Milagros Maraví Sumar*³

*David Ortiz Gaspar*⁴

*Ricardo León Pastor*⁵

¹ Árbitro independiente en OSCE, en el CARC-PUCP, en la Cámara de Comercio de Lima, en el Colegio de Ingenieros del Perú y en Amcham Perú.

² Abogada, magister en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), expresidenta del Tribunal de Contrataciones del Estado, árbitra inscrita en el Registro Nacional de Árbitros y en los centros de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, CARC-PUCP y en Amcham Perú. Consultora en Derecho Administrativo, docente del curso Arbitraje en la Universidad de San Martín de Porres.

³ Abogada, socia del Estudio Rubio Leguía Normand y Asociados. Graduada en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tiene una Maestría en Administración Pública en el Instituto Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid. Es experta en derecho administrativo. Es árbitra en los Centros de la Cámara de Comercio de Lima, CARC-PUCP, de Amcham Perú y la Sunasa. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo.

⁴ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado de la Maestría de Solución de Conflictos del Instituto de Gobierno de la Universidad de San Martín de Porres y está cursando el Máster en Arbitraje Comercial e Inversiones en la Escuela de Postgrado de la Universidad de Alcalá. Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

⁵ Abogado. Máster en Derecho por la Universidad Católica de Bruselas. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro en materia civil, comercial y de construcción. Especialista en litigación oral y arbitraje comercial internacional por la American University of Washington. Ha sido profesor de la PUCP de Derecho de la Empresa, Contratación Pública, Argumentación Jurídica y Destrezas Legales.

Ricardo Gandolfo Cortés: Es para mí un motivo de particular satisfacción estar con ustedes esta noche, razón por la que expreso mi agradecimiento al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica, por haber tenido la gentileza de invitarme.

Efectivamente, en este bloque, vamos a tratar de determinar, si existe o no, una balanza inclinada en el arbitraje en contrataciones con el Estado.

Si repasamos las normas que impiden someter las decisiones sobre prestaciones adicionales a los medios de solución de controversias que la Ley de Contrataciones del Estado ha previsto.

Si repasamos las normas que obligan al contratista a iniciar sus reclamaciones dentro de plazos perentorios, a cuyo vencimiento ya no tiene ninguna posibilidad de recurrir a ningún medio de solución de controversias.

Si repasamos las normas que le prohíben al contratista reclamar, una vez efectuado el último pago de cada contrato.

Si repasamos las normas que no dejan activar una junta de resolución de disputas, cuando ya está recibida la obra.

Si repasamos las normas que establecen un procedimiento muy complejo para formalizar una conciliación.

Si repasamos las normas que solo permiten acumular nuevas pretensiones dentro de un arbitraje hasta antes de que concluya la etapa probatoria.

Si repasamos las normas que obligan al contratista a presentar una fianza como requisito para interponer un recurso de anulación que no se le exige a la entidad que solo debe exhibir una resolución de autorización.

Si repasamos las normas que permiten solicitar la anulación de un laudo sobre la base de un cuestionamiento al fondo de la motivación que lo sustenta.

Si repasamos las normas que han proscrito la caución Juratoria y le obligan al contratista presentar una fianza por un monto equivalente a la garantía de fiel cumplimiento, o cuando menos del mismo monto del que se reclama como condición para solicitar una medida cautelar.

Si repasamos todas estas normas y otras más, quizás tengamos una aproximación a esta inquietud que, de seguro, no compartiremos todos.

En gran medida, todo dependerá del cristal con el que veamos el problema.

Para ensayar alguna explicación a esta realidad, hemos formulado algunas preguntas que nuestros distinguidos ponentes responderán a continuación.

Y las preguntas que responderán nuestros ponentes empiezan por una: ¿qué dificultades deben enfrentar los árbitros para tomar decisiones equilibradas?

Algunas reflexiones sobre el particular, nos va a dar la doctora María Hilda Becerra.

María Hilda Becerra: Muchas gracias.

Quiero agradecer, en primer lugar, al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica, a la doctora Marlene Anchante, a la doctora Silvia Rodríguez por la invitación, es, realmente, un gusto compartir esta mesa para, además, responder una pregunta provocadora que se ha formulado a la mesa, y es ¿hasta qué punto tenemos una balanza inclinada?

Y me gustaría comenzar esta exposición.

Bueno, entonces, la pregunta que nos hacen es ¿si tenemos una balanza inclinada? Y creo que la respuesta es que, cuando estamos hablando de contratación pública, estamos hablando del mundo del derecho administrativo, de la contratación administrativa. Y creo que allí la balanza es, naturalmente, inclinada. De hecho, la doctrina es, absolutamente, pacífica en señalar que, cuando estamos ante contratos administrativos, vamos a tener circunstancias o, naturalmente, tenemos una situación desbalanceada entre la administración pública y el particular que va a contratar con el Estado.

Mari nos señala, por ejemplo, que este tipo de contrato se caracteriza porque no existe igualdad en las partes; existen prerrogativas especiales correspondientes a la administración pública durante el lapso de ejecución y vigencia del contrato. Hay una finalidad propia de la administración pública.

Y, entonces, estamos ante una situación que nace desbalanceada. Esta desigualdad de las partes también es claro que durante, que todo el derecho administrativo ha realizado una serie de esfuerzos, vamos a decir, para permitir que, si bien vamos a reconocer esta diferencia de las dos partes, también existen una serie de herramientas, bien desde el derecho civil, propiamente desde la legislación, de manera que permitan mitigar no solamente los riesgos, sino que está diferencia que existe no se traduzca en un abuso o se traduzca en situaciones excesivamente onerosas para el contratista.

De hecho, la característica fundamental de los contratos de administración pública es que estamos ante cláusulas exorbitantes; exorbitantes al derecho privado. Es decir, si estuviéramos en una relación privada, todas estas situaciones serían completamente ilícitas porque partimos de la situación de que, en el derecho civil, ambas partes están en un plano de igualdad.

Entonces, creo que esta es una premisa fundamental que necesitamos reconocer. Me da la impresión también de que el problema de la contratación pública y todas las medidas y las normas que se han ido dando, y que también ha reseñado Ricardo, están referidas o son, más bien, una respuesta al ámbito en el que se viene desarrollando el arbitraje en contratación pública.

Y creo que es muy importante tener en cuenta que, cuando estamos hablando del arbitraje, también estamos hablando de un espacio en el que se van desarrollando, vamos a decir, características que son propias, lamentablemente, de nuestra sociedad, y en las que todos transversalmente vamos viviendo, voy a decir, el tipo de sociedad en la que hemos ido trabajando.

Y una primera cuestión, por ejemplo, es la informalidad. El arbitraje en contratación pública tiene todos los mismos retos, los mismos desafíos, las mismas características que tiene la propia sociedad, y la primera es la informalidad. La informalidad entendida como esa vocación permanente y mayoritaria de diluir el cumplimiento de la norma, que se traduce en el empleo informal, en el transporte, se traduce en la construcción, se traduce en absolutamente todas las actividades económicas, de manera general, en la sociedad.

Es más, si podemos mirar los indicadores de informalidad que tenemos como país, vamos a advertir que llegamos a 70 % de informalidad en todos los en todos los indicadores que son, objetivamente, medibles.

Otro problema, que creo que, además, todos ya lo han mencionado en la mesa anterior es, justamente, el de corrupción. Tenemos un sistema de contrataciones que, lamentablemente, tiene serios problemas de corrupción. Tenemos esta práctica del famoso 10 % de comisión para los procesos de selección. Tenemos una serie de situaciones que vemos todos los días vinculadas a la corrupción

en la contratación pública. Y, además, creo que es bien importante una cita de Martín Naranjo porque dice: «La corrupción evoluciona y se ajusta a las circunstancias. Es oportunista y prospera como consecuencia de los incentivos que provee nuestro propio diseño institucional».

Mientras más altos los costos de la legalidad, menos transparentes serán los procesos de adquisiciones. Mientras menos vigilancia ciudadana tengamos; mientras tengamos toda la situación que, actualmente, vivimos en términos de corrupción, evidentemente, tenemos un grave problema que genera menos desarrollo, más inestabilidad; y, por tanto, es una situación que estamos viviendo, y es donde vamos, no solamente viviendo todos los días, sino donde se va desarrollando, lamentablemente, en todo el país.

Si vemos este mapa, que es el mapa de las investigaciones que existen, a la fecha, vamos a encontrar que, en todos los niveles de gobierno, en todas las regiones, tenemos casos de investigaciones fiscales vinculadas, justamente, a actos de corrupción por contratación pública. No hay una región que se salve y todos, además, contra funcionarios que han sido elegidos por elección popular.

Y esto, además, creo que a ellos se suma, que es un factor que, desde mi punto de vista, es uno de los más graves que, lamentablemente, no vemos con frecuencia, es la falta de conocimiento. ¿Por qué? Porque, como vemos, tener un poste en medio de una ciclovía o que un puente se rompa o que se haga un monumento, sin ningún sentido, y se gastan recursos para ello, nos está hablando de un problema muy serio, que estamos viviendo como sociedad, y no solamente es la falta de conocimiento, respecto de lo que debe ser el derecho administrativo, o el interés público, la necesidad de garantizar los recursos públicos, sino nos muestran, creo que un tema más complicado, que es la falta de formación mínima que vamos a encontrar en muchos funcionarios y muchos actores de todo el proceso de selección.

Y otra vez, esto no es una cuestión privativa ni de la entidad, ni de los funcionarios de la entidad, ni de los contratistas, sino que es un asunto transversal. Creo que estos asuntos vamos a encontrar en ambos extremos de la mesa. Y a ello hay que agregar, además, el ranking de confianza respecto de, por ejemplo, la actividad de los abogados y la actividad de los jueces. Vamos a ver que estamos bastante por debajo de otros países.

Y, entonces, creo que la respuesta a la pregunta es no sé si la balanza está inclinada o es que el arbitraje, en general, se está moviendo en un terreno de arenas movedizas, y creo que este problema fundamental que atraviesa el arbitraje, hace que tengamos normas que, más bien, vayan reaccionando a estos problemas que pretenden poner parches, desde mi punto de vista, que no solucionan los problemas de fondo porque, probablemente, podríamos tener respuestas un poco más serias e integrales para los problemas que se nos plantean.

Y, entonces, la pregunta aquí creo que es bien complicada, porque la pregunta es qué cosa hacemos como árbitros, y qué retos tenemos como árbitros.

Creo que las respuestas que tenemos desde el arbitraje son, principalmente, dos.

La primera, es optar por una concepción racional de la prueba; y la segunda, la motivación de los laudos.

Me voy a concentrar sobre lo primero, porque entiendo que Ricardo León trabajará el tema en la exposición siguiente.

Así que, cuando hablamos de concepción racional de la prueba, vamos a encontrar que se trata de lograr que las decisiones arbitrales estén basadas en un análisis riguroso de la prueba, dependiendo la prueba como una herramienta de conocimiento de los hechos.

Desde ese punto de vista, Taruffo es muy gráfico en esta definición porque dice «la opción a favor de una concepción racionalista supone que la libre convicción del juez se interprete, en el sentido de que la discrecionalidad en la valoración de las pruebas ha de ejercerse según criterios que garanticen un control racional de la misma».

Esto supone que se adopte una concepción epistémica de la prueba y no una concepción retórica. Y creo que es bien importante tener aquí en cuenta que tenemos estas dos posiciones respecto de la prueba.

La primera es ¿realmente, vale la pena hacer el análisis de la prueba? ¿Cómo estamos trabajando con la prueba?

La primera opción respecto de cómo estamos viendo la prueba en el proceso es, simplemente, entender que el arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos; y, por tanto, no importa mucho cómo sea la solución, sino es, básicamente, concluir el conflicto a través de un laudo lo más rápidamente emitido.

Bajo esta posición, no es tan relevante analizar la prueba, sino, básicamente, emitir el laudo.

Otra posibilidad, y es otra visión de la prueba, es entender que la prueba es una herramienta para lograr que la decisión que se adopte sea epistémicamente correcta. Es decir, si se llega a determinada conclusión y se aplica determinada norma, sea porque, efectivamente, se han cumplido, vamos a decir, todos los requisitos de verificar, si el hecho, en particular, tiene o no suficiente material probatorio.

Y esto, además, es fundamental. ¿Por qué? Porque no basta entender la prueba como un elemento de persuasión para los abogados litigantes. Claro que sí, la prueba va a ser, principalmente, un elemento de persuasión, pero, para los árbitros, la prueba debería ser un elemento de convicción de verificar, si en la realidad, los hechos han ocurrido de esa manera; y, por tanto, si es que se llega a una conclusión. Esa conclusión obedece, efectivamente, a lo que se actúa en la prueba.

Y esto nos plantea una cuestión muy importante, que es hasta qué punto tenemos o estamos construyendo en el arbitraje estándares de prueba.

Como sabemos, los estándares de prueba son aquellos umbrales que nosotros consideramos para tener por probado un hecho.

Cuáles son los estándares que nosotros usamos para decir que determinada premisa fáctica se ha cumplido; y, por tanto, podemos continuar aplicando la consecuencia jurídica respectiva.

Los estándares de prueba están referidos al margen de error que podemos aceptar en el caso concreto o en la materia concreta. Y este estándar de prueba se construye a partir de consideraciones epistémicas; es decir, cuáles son los mínimos que consideramos necesarios o suficientes para dar un hecho por probado, y consideraciones valorativas que están referidas a cuáles son las cuestiones de política, de valores, etc., que vamos a tener en cuenta en la valoración de esos hechos.

Entonces, cuando estamos hablando de estándares de prueba y desde la consideración epistémica, la pregunta es hasta qué punto en el arbitraje estamos mandando, enviando mensajes o incentivos correctos al mercado. Existen circunstancias en las que el arbitraje se convierte en un espacio en el que se legalizan o convalidan o legitiman prácticas de corrupción, de informalidad o de esta manifiesta falta de conocimiento, o estamos siendo realmente lo suficientemente rigurosos para acercar la decisión lo más posible a la realidad de los hechos que se han probado.

Y, como todos sabemos, el estándar de prueba puede o no estar previsto legislativamente. Entonces, algún ejemplo, cuando estamos hablando ante verosimilitud del derecho, por ejemplo, ¿basta

la media relación o es necesario algún grado de certeza? ¿Cuándo encontramos algún grado de certeza? ¿Dónde lo podemos identificar? ¿Existe algún grado de certeza? ¿Cómo estamos trabajando?

Y cuando hablamos de consideraciones valorativas, vamos a encontrar aspectos un poco más, vamos a decir, profundos, yo diría hasta filosóficos. Y se trata de encontrar, por ejemplo, ¿qué cosa es lo que queremos lograr con el arbitraje? ¿Cómo funciona el valor de la justicia? ¿Cómo se interpretan las normas? ¿Cómo aplicamos los principios? ¿Cuál es la función social del arbitraje? ¿Cumple alguna función social? ¿Cómo debiera cumplirlo? y, digamos, son una serie de aspectos filosóficos respecto, creo yo, de los que tendríamos que comenzar a analizar y trabajar, de manera que podamos ir generando derroteros sobre esta actividad.

Y dado que esto es, digamos, agobiante de solo pensar, creo que la idea final y la idea fundamental es, en el día a día, dado que mucho no podemos hacer, justamente, por estos cambios normativos que, respecto de los cuales, en general, los árbitros somos ajenos, creo que lo ideal o la aspiración muy sencilla, más humilde, más concreta también, es que en cada resolución que se vaya emitiendo, en cada laudo que se vaya dando, pues, tengamos la posibilidad de acreditar, realmente, los hechos del caso, y motivarlos adecuadamente, de manera que no sean una suerte de designio divino, en el que no exista objeción posible.

Creo que esa es la única forma de tranquilizar un poco nuestra actividad o tener serenidad en nuestra actividad, debido a que, efectivamente, más que balanza inclinada, yo siento que tenemos arena moviliza.

Muchas gracias.

Ricardo Gandolfo Cortés: Muchas gracias, María Hilda. A continuación, Ricardo León Pastor nos responderá la pregunta ¿si en las sentencias de anulación de laudos, hay argumentos para inclinar la balanza?

Ricardo León Pastor: Muchas gracias por la invitación a la Universidad Católica. Para mí es un placer estar con ustedes.

Quisiera hacer una advertencia previa y es esta idea, y trataré de ser, por supuesto, muy puntilloso con el tiempo porque tenemos a un moderador estricto, como debe ser.

Quisiera ser puntilloso en relación también a hacer esta distinción, entre cuándo estamos ante una situación, efectivamente, de desbalance. Esto admite un par de lecturas. La primera es que sea un desbalance prelegislativo; esto es, que el legislador determina que sea una situación desbalanceada, en particular, en teoría legal, eso se llama situaciones de ventaja. Y la situación de ventaja es un derecho legal que, eventualmente, un legislador ha regulado; prefiere una parte que la otra, por alguna buena razón, que se le ocurre al legislador. Y estas situaciones de ventaja yo las entiendo, no como situaciones de desbalance.

En una segunda lectura del desbalance, y es lo que me he propuesto, es investigar la jurisprudencia de la Corte de Lima, de este año, del año 2022, para ver si la corte tiene algún sesgo que no sea la aplicación de una situación de ventaja legislativamente desarrollada y aplicada; esto es, la aplicación del derecho, sino algún otro tipo de sesgo por fuera del derecho, por decirlo así, que haga que, efectivamente, se produzca un desbalance.

Y la respuesta, si es que tuviera que terminarla en los próximos cinco segundos, es que no. No he encontrado situaciones de sesgo donde la Corte de Lima haya hecho una interpretación, más allá de lo que significaba la aplicación del derecho vigente con las anotaciones que ha hecho María Hilda Becerra. En efecto, hay muchas preferencias, el tener ventaja en derecho administrativo, como las

facultades, estas, exorbitantes de la administración, etc., tanto en el derecho material como en el derecho procesal, y a estas situaciones yo no las interpreto; apreciación de la jurisprudencia como situaciones de ventaja generadas por los jueces, sino generadas por el legislador.

Y, como les digo, sesgos donde yo vea una balanza inclinada de parte de la corte para favorecer entidades estatales por fuera de la aplicación del derecho material o el derecho procesal, no he observado.

Ahora, si me permiten compartir brevemente una presentación, y en esa presentación voy a decir tres o cuatro cosas.

La primera es revisar el panorama. He estudiado las 44 sentencias fundadas sobre recursos de anulación que ha producido y publicado la Corte Superior Justicia de Lima, su sistema comercial en este año. Y las he visto hasta el día de ayer, así que la información es más o menos actualizada, en relación a lo que la corte ha publicado en su base de datos famosa de jurisprudencia sistematizada de «pj.gob.pe».

Al final, les voy a hacer un regalo y ya van a ver cómo ustedes también van a poder consultar el texto íntegro de todas las decisiones.

Esas 44 que ustedes ven ahí son parte. Representan el 17 % de los 254 recursos de anulación que se llevaron a la corte, y que han sido publicados este año. Entonces, de los 657 recursos, 44 fueron fundados. Eso representa el 17 %.

De los recursos fundados, de estos 44, en el 90 % de casos, en 9 de cada 10, fueron partes estatales las que intervinieron, contra partes privadas.

Entonces, como ven, el peso, digamos, de que el arbitraje de compras públicas del país es bastante importante, no sé si sea del 90 % en el universo total, pero, al menos, en los recursos de anulación que llegaron a la Corte de Lima, 9 de cada 10 fueron llevados, o por el contratista o por la entidad, pero en casos donde la entidad participaba. No eran arbitrajes entre privados.

¿Cuáles son las anulaciones más frecuentes en estas 44 decisiones que fueron declaradas fundadas? He visto tres recurrentemente presentes; una de ellas es, por ejemplo, y cito acá pedazos de cosas consignadas en las sentencias. Decía una sentencia que el tribunal arbitral decía: «De acuerdo a la información que obra en el expediente», pero el tribunal no detallaba esa información.

Este es un típico argumento vacío. Es un argumento típicamente que no está motivado porque dice que, bueno, vamos a actuar de acuerdo al expediente, pero no dice qué hay en el expediente arbitral, o frases como, empleadas por un tribunal arbitral: «El tribunal ha verificado que», pero no explica qué cosa ha verificado, ni cómo lo ha hecho, lo que decía un poco María Hilda. Una concepción absolutamente persuasiva de la prueba, donde se queda la íntima convicción, pero no hay un razonamiento ni motivación expresado.

En ese tipo de casos, lo que hay es gruesas ausencias de motivación y la corte tiende a anular. Este es uno de los clásicos casos en los que la corte, mayoritariamente, si no en todos ellos, anula los laudos por falta de motivación. Le pone otros nombres también, puede ser motivación aparente, etc. Pero, son, creo que gruesamente casos de no motivación en el laudo.

Otros casos, en otros casos, lo que hay, es problemas con los peritajes y también tiene que ver con lo que decía María Hilda Becerra, que creo que ha apuntado muy bien un gran desafío que tenemos los tribunales arbitrales. Y esto es que la corte dice que el tribunal no valora un peritaje de parte, por ejemplo, o no responde cuestionamientos de la contraparte a un peritaje presentado, o, finalmente, solamente hace fe y se solidariza con las conclusiones del peritaje, pero no desarrolla el tribunal arbitral un razonamiento independiente.

En todos estos casos, y, usualmente, vinculados a peritajes, la corte tiende a anular el laudo.

Hay que prestar atención en esto porque, al final del día, siempre lo digo, los tribunales arbitrales, al menos, localmente, tenemos siempre, escuchamos, sentimos una respiración en la nuca cuando estamos decidiendo las cosas, y ese aliento que tenemos y que lo sentimos en la nuca, es el de la Corte Judicial, porque la corte, al final del día, incluso, mucho más en compras públicas, lo que va a hacer, es va a revisar la motivación como eventual causal de anulación.

Entonces, más allá de que estemos de acuerdo o no, y en otras intervenciones he tenido oportunidades de desarrollar mi punto de vista sobre esto. Más allá de que esté bien o esté mal, no es mi problema esta noche, la cuestión es presentar aquellas cuestiones que, para la corte, son defectos tan relevantes que suponen, por ejemplo, que ese laudo no está motivado.

Acá tienen ustedes dos casos, o frases vacías «de acuerdo a la información del expediente», no se dice nada más. O «el tribunal ha verificado», no se dice nada más, o cortamos y pegamos las conclusiones de un peritaje, y no desarrollamos razonamiento independiente, o adherimos un peritaje de parte, pero no razonamos en torno a las observaciones de la contraparte.

En todos estos casos, por falta de motivación, la corte anula laudos arbitrales, o, en varios de los casos que revisé, la corte tiene un concepto sobre la caducidad que entiende aplica al arbitraje, cuando, por alguna razón, el tribunal arbitral no ha estimado esa caducidad.

Acá se podría discutir en mucho, si este es un entrometimiento, por decirlo así, de la corte respecto a un asunto de motivación del laudo arbitral que maneja el tribunal, pero la corte siempre se anima a anular laudos que erraron en la aplicación del plazo de caducidad.

Más allá de las valoraciones, es lo que está haciendo, es lo que está pasando y lo que está haciendo la Corte de Lima, hoy en el año 2022.

En otros casos menos frecuentes, la corte anula laudos, por ejemplo, porque se cortó y pegó un medio probatorio. No es el caso de un peritaje, otro medio probatorio, pero no se valoró. Y, eventualmente, esto puede suponer las conclusiones de un peritaje. O, en algún arbitraje, se formularon tachas y el tribunal en el laudo dice que se formularon tachas, y no las resuelve, con lo cual, empieza a valorar, eventualmente, medios probatorios que fueron tachados, pero no hay una elaboración en torno a las tachas.

Entonces, dice, por una cuestión básica de valoración probatoria, por defecto de valoración probatoria, la corte anula el laudo arbitral.

En otros casos, porque, y esto es interesante que prestemos atención, estemos o no de acuerdo, las partes pactan unas reglas, por ejemplo, la oportunidad para la presentación de prueba; y, finalmente, el tribunal flexibiliza estas reglas y hace otra aplicación diversa, permitiendo, por ejemplo, la presentación de prueba, más allá del acuerdo entre partes, y la corte dice: «esa es una violación del acuerdo entre partes», en consecuencia, pasa a anular el laudo.

Lo que dice la corte es una cosa es la flexibilidad del arbitraje y que, eventualmente, el propio reglamento de arbitraje en las partes le dé poder al tribunal arbitral para modificar las reglas del proceso; y otra, que sea un acuerdo entre partes y que no se le dé posibilidad al tribunal de modificar ese acuerdo entre partes.

En este último caso, si el tribunal finalmente modifica esas reglas *motu proprio*, entonces, pasa a anular el laudo.

En otro caso, por no analizar, por ejemplo, una excepción procesal que fue deducida en su oportunidad; y, simplemente no hay pronunciamiento sobre ella, o cuando se declara una prescripción extintiva de oficio sin que haya sido alegada por ninguna de las partes.

En ambos casos, o porque no se atendió la excepción procesal deducida por una parte, o porque se hizo de oficio la aplicación de una prescripción extintiva no alegada por las partes, la corte ha anulado laudos arbitrales, o por pronunciarse sobre materia no arbitrable, por ejemplo, lo que es claro que es una constante anulación de laudo, o por hacer motivaciones contradictorias. En una parte, parece que el tribunal se anima a validar la aplicación de la penalidad, y páginas más tarde, pues, no lo hace. Eso también es anulable. O porque se resuelven pretensiones accesorias como pretensiones principales, violando la congruencia u otros casos de incongruencias también suelen ser anuladas por la corte. O un laudo, evacuado, por ejemplo, con un tribunal que, el día de la expedición del laudo, sale también la decisión administrativa de la corte de arbitraje, declarando fundada la recusación contra uno de los árbitros. En estos casos también, por mala constitución o defectuosa constitución del tribunal, la corte anula el laudo.

Estos son dos casos que encontré contradictorios, en un caso, la corte anuló el laudo cuando el tribunal no respetó el debate contradictorio. El tribunal, de oficio, aplicó la caducidad bajo el principio *iura novit arbiter*. pero no les dio oportunidad a las partes de defenderse. Lo hizo, finalmente, en el laudo. La aplicación caducidad nunca fue parte del debate procesal. La corte dice: «como no forma por parte del debate procesal, la aplicación del *iura novit arbiter* es arbitraria porque no se anunció ni incorporó en el debate procesal. Así que el *iura novit arbiter* también, para la corte, tiene unos claros límites vinculados al derecho o a la oportunidad de defenderse y de incorporar el debate contradictorio.

Esa fue una sentencia, pero en otra sentencia, la corte anuló un laudo porque el árbitro único no aplicó el procedimiento sobre ampliaciones de plazo en un contrato de obra, pero el detalle está en que esa ampliación de plazo, al menos en la lectura del laudo, no se encuentra información sobre si fue alegado o no, por una de las partes; lo que me hace pensar que, eventualmente, esta aplicación del procedimiento para la ampliación de plazo no fue alegada por ninguna de las partes. Y esto me suena contradictorio porque, en el primero de los casos, la corte critica la aplicación de la caducidad, por no haber sido incorporada en el debate arbitral, pero, en el segundo caso, la corte critica y anula el laudo, por no haberse aplicado una regla de derecho expresa a un procedimiento para la aplicación de la ampliación del plazo cuando parece ser que ninguna de las partes lo alegó.

Entonces, finalmente, el tribunal aplica o no el derecho y cómo y cuáles son los límites para aplicarlo.

Y estas cuestiones, me parece que son, claramente, digamos, relacionadas con la motivación que hace un tribunal arbitral, y eso me parece complicado.

Un balance, en este último minuto, hay buenas noticias, finalmente, en la lectura de 44 sentencias de anulación, una vez que ya no se menciona la doctrina Llamoja, que era una doctrina mal aplicada porque era un caso penal resuelto en un *habeas corpus* por el Tribunal Constitucional.

Esto ya se ha abandonado. Solamente dos de las 44 sentencias mencionan esta doctrina.

Hoy día, la doctrina que se usa más es la doctrina del caso de Fernando Cantuarias es famosa, con la doctrina del caso María Julia; ambas decisiones constitucionales, y funciona mejor.

Y también se usa doctrinas sobre motivación judicial que sea objetiva, congruente y suficiente. Esto puede ser discutible, pero eso es una doctrina, digamos, más vinculada a casos en materia arbitral que haga una materia penal que no tenía nada que hacer.

Y no hay argumentaciones en la corte que den preferencia a una parte estatal frente una parte privada como sesgos fuera de la aplicación del derecho vigente, sea procesal o sea sustantivo. Y esta también me parece una buena noticia, pero hay desafíos. Uno es, hay una muy mala técnica hoy día que está cundiendo, lamentablemente, cortar y pegar en el procesador de textos, extensas partes del laudo, lo que generan sentencias de 150-200 páginas; y no tiene ningún sentido, porque ahí, en realidad, pocas páginas recogen el razonamiento de la corte, pero se está cortando y pegando medio laudo o casi el laudo completo. Eso me parece una pésima técnica, en realidad.

Y también hay una disonancia, esto es más importante, una disonancia fuerte entre el concepto de debido proceso que abraza la corte con un concepto débil de debido proceso de parte de algunos árbitros, y por ahí esto se vincula a lo que mencionaba la doctora María Hilda Becerra.

Creo que el principal desafío es encontrar un equilibrio entre garantizar que las partes puedan presentar su caso, debatirlo de manera igualitaria y recibir una decisión sin sorpresa de parte del tribunal, que esa es una misión importantísima del tribunal que está controlando más y más intensamente la corte.

Y, por otro lado, por supuesto, la aplicación del derecho que conoció el tribunal, pero con las advertidas garantías que vengo mencionando.

El regalito que les ofrecí es que las 44 sentencias están a texto íntegro en ese enlace. Le pediría, por favor, a los organizadores que lo corten y lo peguen en el chat para que ustedes se entretengan esta noche leyendo las decisiones.

Muchas gracias.

Ricardo Gandolfo Cortés: Muchas gracias.

A continuación, vamos a escuchar a Milagros Maraví, quien nos va a responder la pregunta ¿qué medidas pueden fortalecer el equilibrio y la legitimidad del arbitraje en contrataciones con el Estado? Una reflexión importante.

Milagros Maraví Sumar: Bueno, muchas gracias por la invitación, por poder compartir en este seminario con ustedes y con los participantes.

Yo he preferido no hacer una presentación en PPT porque hay muchas cosas que acá se han dicho que tienen que ver con el tema, y si tuviera un guion, en realidad, creo que no sería tan rico, no porque lo que voy a decir sea rico, sino porque, de alguna manera, voy a hacer comentarios algunas otras exposiciones, que creo que es la idea de una mesa.

En primer lugar, creo que en esta mesa no estamos hablando o estamos presuponiendo, de todas maneras, que esa desigualdad a la que han hecho referencia en la primera exposición, que está vinculada con la posición que tiene el Estado en las contrataciones del Estado, como señalaba María Hilda, es algo que está asumido. O sea, esta mesa no trata sobre ese desequilibrio, porque eso no es un desequilibrio. Esa es la situación natural de contrataciones con el Estado que todos los privados y el Estado mismo asume. Que tiene mayor o menor intensidad.

Sí, discrepo, si es que ese es el concepto en que un desequilibrio, producto de una norma, o sea, que el derecho al desequilibrio lo dé una norma dictada por el Estado, no es un desequilibrio, porque ahí sí estamos en una diferencia conceptual muy grande.

¿Y por qué estamos en una diferencia conceptual muy grande? Porque al Estado peruano no se le ha impuesto en que decida que los contratos van a arbitraje obligatoriamente. O sea, ha sido, en primer lugar, el marco constitucional, a diferencia... porque, si uno se quiere preguntar «Oye, ¿por qué solo en Perú hay arbitraje en contrataciones del Estado?». Bueno, porque resulta que en Perú hay

un reconocimiento constitucional, en primer lugar, no es el momento para hacer un debate respecto de si el arbitraje es o no jurisdicción, pero hay un reconocimiento en la constitución del arbitraje como jurisdicción, lo cual, como ha dicho el Tribunal Constitucional, no quita que haya una revisión posterior judicial.

Pero hay un reconocimiento constitucional. Eso no hay en otros países tampoco. Y, además, hay un artículo específico que establece que las controversias se pueden someter a arbitraje; las controversias en que el Estado es parte.

Y eso llegó, y esto Ricardo Gandolfo y muchos de los que estamos acá lo recordamos perfectamente, a que, en el 1998, creo que ha sido, se incorpore, pues, el arbitraje en el marco de las contrataciones del Estado, y después se haya incorporado por leyes en la Reconstrucción con Cambios, en las APP, en las obras por impuestos; y esto no le ha sido impuesto al Estado. O sea, el Estado ha encontrado que esta es la mejor solución, porque en el momento en que esto no era así. había un problema con la resolución de los conflictos con el Estado.

O sea, si ustedes creen que antes estábamos mejor, no. Ahora estamos mejor. O sea, estamos mejor con el arbitraje, no, sin el arbitraje. Y esto no tiene que ver con una crítica a que el Poder Judicial es malo y el arbitraje es bueno; o los árbitros somos mejores que el Poder Judicial. No. Simplemente, hay un tema en que siempre el Poder Judicial ha estado desbordado de conflictos en este país conflictivo. Y, entonces, se ha llevado al arbitraje a colaborar a partir de su reconocimiento como como una jurisdicción, y del reconocimiento constitucional de que hay un derecho a acudir a arbitraje, que también lo ha dicho el Tribunal Constitucional, a que el arbitraje colabore en aquellas materias disponibles, como son los contratos, con el trabajo del Poder Judicial.

Entonces, el Poder Judicial que se dedique a lo que se tiene que dedicar, digamos, y que no puede ser derivado al arbitraje, y el arbitraje viene a colaborar.

Y el arbitraje ha venido colaborando durante muchísimo tiempo y ha sido un gran incentivador a que en los contratos públicos haya competencia. O sea, a que vengan empresas de muchísimos, diversos países, y puedan saber que había la posibilidad de someter las controversias a arbitraje. Y, ojo, que nosotros no hemos... igual el Estado peruano y no los contratistas, no los abogados. No somos nosotros los que hemos firmado los acuerdos de libre comercio, donde, además, tenemos obligación de ir a arbitraje.

Entonces, tampoco se trata de decir mañana no hay arbitraje en contrataciones del Estado porque tenemos acuerdos.

Entonces, lo que quiero decirles es, tener arbitraje en contrataciones con el Estado, es algo bueno. ¿Por qué solo lo tiene el Perú? Seguramente, por muchas cosas que tienen que ver, como les digo, por este reconocimiento constitucional, con la realidad judicial rebasada de pocos recursos. Hay muchísimas razones por las cuales es así, pero el hecho es que, hace ya décadas, es así.

Entonces, de un plumazo no podemos pensar en quitar el arbitraje.

También somos el único país que tiene obras por impuestos, y no he escuchado críticas tampoco la figura. Entonces, habrá cosas en que, por algunas razones, desarrollamos institución.

Dicho esto, y como les digo, asumiendo que el tema del arbitraje también. O sea, ¿el arbitraje en contrataciones con el Estado también es un problema? ¿Por qué? Porque sí. Porque hay muchísimos contratos, o sea, mejor dicho, hay muchísimos conflictos. O sea, hay muchas cosas que se llevan a arbitraje que se podrían resolver con buena gestión pública, pero hay muchísimos conflictos. Entonces, tenemos muchísimos conflictos.

Para el tema de especialización se ha creado la Sala Comercial en la Corte Superior. Ahora, hay publicidad en los laudos. Se han dado una serie de avances, de hecho, a mí me parece que los procesos arbitrales deberían ser públicos, deberían ser televisados, si fuera posible. Debería haber generalizado el arbitraje institucional, efectivamente, pero, de hace unos años a esta parte, bajo, digamos, ideas tales como, el Estado siempre pierde en sus arbitrajes. Cosa que ya está demostrado por el mismo Centro de Análisis y Resolución de Conflictos que no es cierto. El Estado no siempre pierde, y muchas veces, cuando pierde, es, justamente, porque no ha querido tomar decisiones o porque no ha querido pagar. No es que sean todos contra el Estado o los contratistas son unos oportunistas, los contratistas son unos corruptos, no, no.

Y, entonces, ¿qué cosa ha venido pasando? Que el Estado es quien legisla y el Poder Ejecutivo tiene, no solamente capacidad de generar propuestas de ley, sino que tiene capacidad de dar reglamentos. O sea, el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado lo da un ministerio. Entonces, hay que ser ingenuos, pues, o sea, para decir que el desequilibrio no proviene de esa facultad legislativa que ha hecho que, en lugar de mejorar la gestión de la defensa del Estado. No me refiero acá a David Ortiz, que, por supuesto, que es un ejemplo de buena defensa del Estado, pero de la gestión de los contratos, de tener una buena gestión de los contratos; de otra serie de cosas que son de gestión y pensando solo desde sus zapatos, hayan comenzado a hacer cosas como las perlas que ha mencionado Ricardo. No, las adicionales no van. Entonces, estamos en una locura, en una sensación de locura donde en un contrato unas cosas se ven en arbitraje y otras en el Poder Judicial. O sea, eso es de locos. Eso no puede ser, y también es de locos que, efectivamente, como dice él, tengas un contrato que tiene ocho arbitrajes, pues, para resolver conflictos del mismo contrato.

Entonces, el problema no es no es el arbitraje, el problema es que, so pretexto de ir resolviendo las cosas, en lugar de resolverlas gestionando, se han resuelto dando normas unilateralmente, porque el Estado, que es parte en los contratos, ha dado normas unilateralmente. Y eso es desequilibrio y las ha dado, so pretexto de que «¡Ay, pobrecito! Yo vengo perdiendo». ¡Ah! ¡Y ahora con el tema de la corrupción, ya qué decir! Ya todo es corrupción.

Entonces, lamentablemente, eso ha llevado a que tengamos, por ejemplo, materias no arbitrables.

¿Qué tenemos que hacer para resolver este problema? Bueno, desandar. O sea, tenemos que volver al 1998, donde se introdujo el arbitraje sin grandes regulaciones, prohibiciones, y tener una publicidad adecuada de los arbitrajes, y tener un cuidado con el tema de los centros arbitrales.

Hace unas semanas, creo he escuchado, justamente, a Fernando Cantuarias que lo acaban de mencionar ahora, decir que, o sea, si el centro arbitral no se elige, no se decide en el contrato. O sea, ¿qué están esperando? O sea, ¿qué creen que no va a haber proliferación de centros arbitrales para que cada quien demande donde quiera el Estado?

Entonces, son, pues, malas decisiones legislativas lo que nos ha llevado a esta situación, a esa situación que le preocupaba a Ana Teresa, que es tener una proliferación de centros arbitrales ahora; y eso no ha sido causado por los contratistas. Eso ha sido causado por una mala norma dictada por el Estado.

Entonces, la verdad que la mayoría de temas que ha mencionado Ricardo vinculadas con estos desequilibrios de... uno, para pedir una cautelar, no puedes... O sea, no solamente le han prohibido al árbitro, le han prohibido a un juez dar caución curatoria. O sea, no solamente le han amarrado las manos a los árbitros, sino a los jueces. O sea, es, no puedes decidir. Tú, si alguien del Estado está de por medio, tienes que dar fianza, y fianza por 10 %; y, si ya se ejecutaron todas las prestaciones, ¿para qué voy a tener una fianza ahí? O sea, es una cosa que no debería ser. O sea, deberíamos volver a los orígenes con adecuada publicidad y con un buen trabajo, respecto de las instituciones arbitrales.

Para mí hay un tema que han mencionado que sí me preocupa y que, aparentemente, va a ir en aumento, que es ¿y por qué creen que debe haber un registro de árbitros en el Estado? Y un registro de instituciones arbitrales, y que, dicho sea de paso, yo no estoy en el registro este porque ya un trámite más no puedo. O sea, ya tengo demasiadas cosas que hacer para someterme a un trámite para que después de treinta años arbitrando, no sé, me tomen examen. No sé ni siquiera muy bien en qué consiste el procedimiento.

O sea, ¿para qué? Eso es algo que las instituciones arbitrales hacen. Las instituciones arbitrales seleccionan a quienes están en los centros arbitrales, y se cuidan muy bien de hacerlo, porque si no, tienen un problema.

O sea, al primer árbitro corrupto, al primer árbitro que tenga temas de ética, al primer árbitro, cualquiera de esas cosas, que tenga conflictos de interés, la reputación del centro arbitral se cae.

Entonces, yo no entiendo a quién se le se le pasa por la cabeza que ese es un tema que le toca controlar al Estado, cuando el Estado no tiene capacidad para hacerlo.

Miren el Estado no tiene capacidad para hacer muchas de las cosas que tiene que hacer; bueno, menos va a tener capacidad para hacer esto. Y, además, sí es un desequilibrio que una de las partes tenga un registro para registrar a los árbitros, evaluarlos, sancionarlos, e igual a los centros arbitrales.

O sea, claro, eso es así. ¿Los árbitros seguimos en el arbitraje? Sí. ¿Vamos a ponernos a equilibrar la balanza más allá de la ley? No podemos. Esa es la realidad. Nosotros no podemos, pero sí creo que sería buen momento, en primer lugar, para reconocer que tenemos arbitraje obligatorio, no solo en Ley de Contrataciones del Estado, sino en Reconstrucción con Cambios, en APP, en obras por impuestos. ¿Nos ha ido mejor con arbitrajes que sin arbitrajes? O sea, no hubiéramos tenido lo que lo que hemos tenido en estos años de inversión pública, avanzando.

Con los problemas que hay, sí. O sea, ¿hay problema? Sí. ¿Hay muchos arbitrajes que han tenido problemas? Les aseguro que, porcentualmente, son muy pocos, lo que pasa es que hay muchísimos arbitrajes porque hay un problema de gestión pública, que también lo ha dicho ya la el mismo Centro de Análisis de Conflictos, a través del doctor Guzmán-Barrón, y es que las entidades públicas no quieren resolver, porque tienen un problema con Contraloría.

Hay una pregunta, entiendo, en el chat respecto de Contraloría, y la verdad es que yo creo que, si no resolvemos nuestro problema con el sistema control, vamos a seguir teniendo problemas con todos los demás sistemas; comenzando, obviamente, por el de contrataciones del Estado, porque, si nadie se va a atrever a resolver una situación positiva ante una situación conflictiva, nadie se va a atrever a resolver, y todo va a ir arbitraje.

O sea, no vamos a poder. El arbitraje no va a poder resolver los problemas de contratación pública.

Entonces, creo que tenemos que enfocarnos más en revisar el sistema de control que está creo que en el chat lo han dicho algo así como criminalizando el servicio público, pero es que, de alguna manera, es como general después de la guerra. O sea, es la verdad que es...

Y, por otro lado, es sí criminalizando lo que puede ser, eventualmente, un error de gestión. Entonces, pero una gestión es mejor que la no gestión, que es lo que nos está pasando.

Entonces, creo, como les digo, que hay una serie de... O sea, de la lista que hizo Ricardo al inicio sobre cosas que nos pueden indicar desequilibrio, yo creo que deberíamos caminar a eliminarlas. O sea, no puede ser que haya contracautela fianza para un lado, y no para el otro. No puede ser que haya fianza para ir a anulación para uno y no para el otro. Y eso también es parte de lo que ocurre con el análisis, digamos, que nos ha presentado Ricardo.

Hay cifras que estuve viendo. La cantidad de casos que van a anulación es creciente, y las entidades públicas van, aunque hay una norma que diga que no tiene responsabilidad, prácticamente, todas van a nulidad de laudo, aunque no tengan sustento real.

Entonces, digamos, ya el análisis, o sea, la base de análisis que ha tenido Ricardo está distorsionada, porque ya está cargada por un montón de casos que están yendo, sabiéndose que no van a proceder. Entonces, creo que ese es otro tema que habría que resolver.

Esto es todo lo que tengo que comentar por el momento.

Muchísimas gracias por su atención.

Ricardo Gandolfo Cortés: Muchas gracias.

A propósito de los temas que has tratado y que, ciertamente, me provoca comentarlos, yo daría dos apreciaciones muy breves.

Una casi anecdótica en relación a esto del Registro Nacional de Árbitros del OSCE y de la situación actual que exige, como bien has dicho a los árbitros con treinta años o más de ejercicio arbitral: dar exámenes.

Alguna vez una autoridad, no hace mucho, me comentó «Estamos ideando la fórmula para evitar ese problema, y solo les vamos a pedir a los árbitros que resuelvan un caso teórico». Esas fueron sus palabras. Entonces yo le dije: «Por favor, no seas chistoso. ¿Cómo le vas a pedir a un árbitro, que se pasa la vida resolviendo casos reales, que resuelva un caso teórico como si fuera un alumno de una universidad? Si eso es imposible; es una falta de respeto. Oye, los casos ya los casos que resuelven árbitros los tienes, porque, además, están colgados en el sistema del Seace. Entonces, solo puedes revisarlos y ver cómo resuelve ese árbitro, si quieres saber cómo resuelve. O sea, no le vas a pedir que te resuelva un caso teórico; él se la pasa la vida resolviendo casos reales».

Eso es un punto; y, o sea, para ver el enfoque equivocado que se está trayendo. Yo lo que creo que en el registro lo que hay que hacer es enriquecer el registro y no empobrecerlo. O sea, abrirlo y no cerrarlo. O sea, mientras más personas integren ese registro, el único requisito debe ser: honesto y serio. Lo demás se aprende en el camino. Eso es lo importante: ser honesto y ser serio. Y cada parte va a elegir a sus árbitros de acuerdo a las especialidades de la materia en discusión.

Y otro punto, a propósito de lo que comentaba mi tocayo, es el tema de este, del desbalance, efectivamente, que hay.

El año pasado salió un decreto en que yo estuve detrás empujándole como muchos otros, seguramente, tratando de modificar el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, porque no se podía, pues, los gobiernos actuales, los últimos gobiernos no tienen mayoría en el congreso, no pueden lanzar una ley; no pueden modificar la ley ni siquiera. Entonces, pero sí pueden modificar el reglamento, yo les decía: tres días necesitan para modificar el reglamento. Un miércoles lo aprueban en el Consejo de Ministros, el jueves lo publican en *El Peruano* y el viernes ya está vigente. No hay ningún problema.

Entonces, hicimos muchas cosas; hicimos muchos proyectos. Bueno, salió algo muy interesante, que me parece. Pero, entre otras cosas, por ejemplo, una iniciativa mía fue esa que, probablemente, a muchos no les ha gustado, que impide que una parte pueda tener más de tres recusaciones infundadas, continuas o separadas en un mismo proceso arbitral.

Yo he visto casos en los que una parte, no voy a mencionar si es la entidad o el contratista; no necesita ni siquiera identificarse, pero una parte presentó quince recusaciones. No avanzaba el proceso, no se podían instalar. Designaban un árbitro y lo recursaban. Llegó al extremo, al final, de recusar

a su propio árbitro. Es el colmo. ¿Y todo por qué? Porque el propio árbitro, en algún momento, emitió una resolución contraria a sus intereses; supuestos intereses.

Bueno, entonces, se puso eso. No más de... como tres, como tres balas de plata, así como el Congreso de la República. No, tiene dos balas de plata para llevarse o el Ejecutivo tienen dos balas de plata para llevarse el Congreso. Bueno, acá le hemos dado una más todavía: tres balas de plata, tres recusaciones infundadas: «buenas noches los pastores, ya no puede recusar más». Es un abuso. No se puede abusar, pero, en simultáneo, se quiso poner, yo planteé que se ponga un impedimento para que no se pueda —y esta es materia de mi tocayo— no se puede, en recurso de anulación, cuestionar la motivación de laudo. Porque la Ley de Arbitraje ¿qué te dice? La Ley de Arbitraje te dice: «el laudo debe ser motivado»; no te dice debe ser motivado a satisfacción de todas las partes; no te dice debe ser motivado, debe ser de motivación satisfactoria, no contradictoria, qué sé yo, y tantos adjetivos que se inventan o que inventamos los abogados que somos muy creativos para ese particular.

Entonces, yo dije «no se puede cuestionar la motivación del laudo». Llegó hasta el escritorio el presidente Sagástegui; ya estaba listo para salir así; y, al final, lo cambian; y, al final, ustedes lo verán por ahí. Es el artículo 239 y dice: «Recurso de anulación». Y, en vez de decir lo que yo quería y muchos queríamos que diga, termina repitiendo lo que dice la Ley de Arbitraje porque dice: «Conforme a lo dispuesto en el artículo 62 del Decreto Legislativo n.º 1071, el recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido, bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido o la decisión, o calificar los criterios, motivaciones, interpretaciones expuestas por el árbitro único del tribunal». Exactamente lo que dice la ley, o sea, repitiendo. Cambiaron, borraron, en algún momento, me gustaría conocer las impresiones de ustedes respecto de lo que hubiera sido si hubieran estado de acuerdo con esa modificación.

A continuación, retomando nuestro tema, David Ortiz Gaspar nos va a hablar, justamente, de todo lo contrario de lo que estamos pensando: de los buenos resultados obtenidos por el Estado, sin necesidad de inclinar la balanza.

David Ortiz Gaspar: Sean mis primeras palabras para agradecer al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por darme el honor de compartir este panel con destacados árbitros profesionales; y, asimismo, poder trasladar a las personas que están atentas a este evento, las impresiones que tenemos desde el Estado.

Yo creo que es importante utilizar estos eventos académicos para escuchar las diversas perspectivas, porque una cosa es cuando ves de esta manera, y otra cosa es cuando ves desde otra perspectiva.

Entonces, mi punto de vista para enriquecer la mesa es que voy a analizar desde la perspectiva del Estado; y, evidentemente, un sistema de solución de controversias como el arbitraje, para que tenga legitimidad, evidentemente, debe tener la cancha plana, porque, si ya inclinamos la cancha a favor de uno o a favor de otro, el resultado se deslegitima. Es por eso que todo sistema de solución de controversias debe tener un soporte, entre otros, y un soporte elemental es el principio de igualdad. El principio de igualdad entre las partes. Es decir, que ambas partes tengan la oportunidad de utilizar los mecanismos para hacer valer su derecho de defensa; un derecho de defensa claro, conforme a la Constitución, conforme a la ley, conforme a la normativa de la materia, pero yo creo que aquí pasa un problema que, de repente, no lo hemos podido analizar, y voy a sustentar algunos minutos. esa posición.

Si vemos la evolución del Estado, el Estado ha evolucionado, por ejemplo, hace 50 años o 60 años no teníamos un Estado constitucional de derecho, como lo tenemos hoy, sino era un Estado legal de derecho. Y en esas facetas históricas de la evolución del Estado, el principio de igualdad también ha evolucionado. El principio de igualdad en el Estado legal de derecho era diferente al principio de igualdad del Estado constitucional de derecho en el cual hoy estamos.

En ese escenario, por ejemplo, en el Estado legal de derecho, el principio de igualdad era tratar igual a todos; es decir, a ricos, a pobres, al Estado, al contratista. Y eso desde una perspectiva de derechos fundamentales, de garantías constitucionales, no es plausible porque ya, el principio de igualdad, e, incluso el Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana en reiterada jurisprudencia, prácticamente, ha definido en la siguiente máxima «trata igual a los iguales y desigual a los desiguales». Y es por eso que existen ciertas diferenciaciones por la naturaleza de las partes, pero eso, en ningún momento, quiere decir que la balanza va a estar inclinada, porque, si yo veo desde la perspectiva de un contratista, voy a decir que la balanza está inclinada, pero voy a hacer un ejemplo, un ejercicio teórico.

A ver, analicemos desde una perspectiva del Estado y digamos que la balanza está inclinada a favor del contratista. No estoy tomando esa posición, solo quiero decir que esa balanza se puede inclinar, a veces, desde la perspectiva que ustedes tengan, pero no necesariamente es así.

Por ejemplo, algo importante que dijo la doctora Maraví: el Registro Nacional de Árbitros.

La Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha manifestado su posición escrita institucional porque he remitido diversos oficios al OSCE, manifestando mi preocupación por ese Registro Nacional de Árbitros porque no te garantiza: uno, idoneidad. No te garantiza que estén las personas más íntegras en este registro; y, además, es todo lo contrario, porque es una plasmación de la desigualdad. ¿Por qué? Porque un contratista va a poder designar un árbitro, y no solamente un árbitro peruano, sino árbitros extranjeros.

¿Y por qué el Estado necesariamente va a poder designar un árbitro de ese registro? O sea, no podemos creer que partir desde la desconfianza, porque, si las instituciones se crean y se regulan partiendo desde la desconfianza, estamos muy mal, y vamos a perder todos.

O sea, yo trato de entender la lógica del Registro Nacional de Árbitros. Inconscientemente ¿qué es lo que nos quiere decir el legislador? ¿Que los procuradores no saben defender los intereses del Estado? ¿Que los procuradores son ignorantes en arbitraje?

Conozco procuradores que hacen una buena defensa de los intereses del Estado; por ejemplo, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, el Ministerio de Economía y Finanzas. O sea, procuradores que conocen la materia y que están al nivel de abogados de los principales estudios de abogados. Entonces, digamos, no podemos partir de esa desconfianza de que el procurador no conoce la norma; por eso vamos a delimitarlo para que solo designe de este registro. Eso yo creo que no es viable porque, al contrario, eso nos perjudica totalmente. Y eso lo hemos vivido en carne propia en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. De esos 130 árbitros que existen en el registro, para el Ministerio de Transportes y Comunicaciones son designables cerca de 35 a 38 árbitros. Y no es que los demás sean malos o no sea que los demás árbitros sean incompetentes, sino es que tienen conflicto de intereses con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Muchos de ellos han ofrecido consultorías a contratistas que están litigando contra el Estado.

Muchos de ellos son asesores externos de los contratistas que litigan contra el MTC, contra el Estado; y, en consecuencia, lo que hemos podido observar, solo son 38 árbitros designables.

Actualmente, tenemos 915 arbitrajes en trámite y tenemos que designar. Y ahora con este *boom* del arbitraje con las empresas china, interdiario peticiones de arbitraje.

Y estamos en un problema grave porque se está realizando designaciones entre comillas, «reiteradas». ¿Y eso? ¿Quién es el perjudicado? Nosotros, porque, al fin y al cabo, lo que hace el contratista, citando de manera literal y de manera equivocada las reglas IBA sobre conflictos de intereses, recusar al árbitro que designa el Estado en base a la designación reiterada.

Y lo que lo que pasa es que ya hay una evolución en el tratamiento de los centros de arbitraje y eso es bueno, porque antes, a rajatabla, te aplicaban las directrices IBA sobre conflicto de intereses y declaraban fundada la recusación. Pero, ahora, ha habido ese cambio y ya toman en cuenta otros criterios, como, por ejemplo, la carga de arbitrajes que tiene una entidad.

Si una entidad tiene, de repente, 900 arbitrajes y designa en cuatro arbitrajes a un árbitro, eso no es ni el 0,1 %. Entonces, ahí no hay designación reiterada.

Otro tema, por ejemplo, que nosotros hemos podido observar y que también lo hemos manifestado públicamente: nuestra posición. Porque no solamente yo creo que la defensa del Estado se ejerce ante los tribunales, sino también se puede hacer desde la perspectiva académica, teórica. Y, en ese sentido, hemos manifestado nuestra preocupación, por ejemplo, con respecto a los arbitrajes de emergencia.

Si queremos ver desde la óptica del Estado, yo diría que el arbitraje de emergencia es también o inclina la cancha a favor del contratista. ¿Por qué? Por ejemplo, cada semana nos llegan medidas cautelares otorgadas por árbitros de emergencia, por centros como ha dicho una de las una de las ponentes, por centros de arbitraje creados de manera *express*, donde nos dice o donde nos obliga a mantener el *statu quo* del contrato. Nos atan de pies y manos.

¿Y por qué digo que esto genera una balanza inclinada a favor del contratista? Solamente por un esfuerzo y un ejercicio teórico. No es que estoy tomando una posición, porque de eso se trata de estos eventos académicos. Porque, en un día, porque nos otorgan 24 horas o 48 horas, por ejemplo, para presentar nuestra posición con respecto al pedido cautelar del contratista.

En varios casos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones el pedido cautelar de contratista tiene 100 páginas, incluso, adjuntan una pericia elaborada por un perito internacional y nos dan 48 horas para manifestar nuestra posición con respecto al pedido cautelar.

Nos preguntamos: ¿estamos en la misma capacidad logística? Porque en la capacidad profesional, técnica, sí, pero en la misma capacidad logística que el contratista, no, porque un arbitraje, a diferencia de un proceso judicial, el arbitraje en un 80 % o 90 % es técnico, y nosotros los abogados que, independientemente de nuestros conocimientos técnicos que tengamos sobre la materia, necesitamos la colaboración activa de los administradores del contrato, que, por lo general, son ingenieros civiles, son arquitectos, contadores, economistas etc. Pero, un administrador de contrato, el *business* de un administrador de contrato no es elaborar informes técnicos para la procuraduría pública. El *business* principal de un administrador de contrato es hacer el seguimiento de la correcta ejecución del contrato. Tienen que viajar a obra, tienen que pronunciarse con respecto a los pedidos de ampliación de plazo, a los pedidos de adicionales de obra, tienen que revisar el cuaderno de obra, etc., etc. Y adicional a eso, pedir o emitir informes técnicos para la procuraduría pública.

Y, por lo general, pues, cuando nosotros comunicamos, trasladamos el memorándum adjuntando el pedido cautelar a las áreas usuarias, no están preparados logísticamente.

Y, además, si queremos, de repente, para ejercer una efectiva defensa de los intereses del Estado, presentar una contra pericia, porque lo ideal sería presentar una contra pericia y demostrar que esa pericia que adjunta el contratista para sustentar su pedido cautelar no tiene asidero legal, asidero técnico, hasta que yo contraté un perito, por lo menos, noventa días.

Y, lamentablemente, eso, por ejemplo, genera que nosotros no presentemos todos los argumentos necesarios en 48 horas. Y eso es un tema real.

Y, por ejemplo, y yo creo que esto es un problema de diversos países de Latinoamérica porque, muchas veces, nos quedamos en el texto grande y no leemos los pies de página.

Y esto ha pasado con las las reglas IBA sobre conflicto de intereses. Hemos, citamos a rajatabla y decimos tres designaciones en un año. Eso ya es designación reiterada y es causal de recusación. Pero, no leemos el pie de página que dice: «estas reglas IBA no se aplican cuando los arbitrajes son especializados», porque si son especializados, hay pocos árbitros, porque esos árbitros requieren un conocimiento especializado, como en el caso de contratación pública.

Entonces, bajo esa perspectiva, esas reglas IBA no deberían aplicarse para este tipo de arbitrajes, que ya se han dado cuenta, evidentemente.

Ahora, con respecto al arbitraje de emergencia, he tratado de buscar el origen donde nace el arbitraje de emergencia. Y, evidentemente, esto es una figura que nace en la CCI. Y, a veces, nosotros los latinoamericanos nos maravillamos mucho de estas instituciones y lo traemos acá, y lo aplicamos a rajatabla, y no analizamos si es compatible o no con nuestra realidad y con las partes que están en proceso.

Y he encontrado una directiva de la CCI que dice, de manera expresa, ojo, pero, este arbitraje de emergencia no se aplica cuando el Estado es parte; y, en consecuencia, digamos, eso, pero eso está, pues, en pie de página, porque la CCI se ha dado cuenta que el Estado se rige por principios, por etapas, por procesos eternos, etc., etc.

Entonces, por ejemplo, eso está generando un grave problema. Otro problema que está generando y que se podría decir, si es que queremos ver la perspectiva contraria, de que la ley está inclinada a favor del contratista, es el Renace. El Renace, y también hemos manifestado públicamente nuestra preocupación.

Nosotros hemos emitido un oficio al Ministerio de Justicia donde hemos contado la casuística, la problemática que está generando este Renace.

Por ejemplo, actualmente, tenemos 72 arbitrajes con las empresas chinas y tenemos 24 medidas cautelares a favor de estas empresas chinas, a favor de estas empresas a través de árbitros de emergencia *ad hoc*.

¿Y qué es lo que está generando? Un grave problema porque... Esto ya lo está investigando el Ministerio Público; no voy a adelantar opinión; pero, por ejemplo, cuando surge el Decreto de Urgencia n.º 2020, en la segunda disposición final complementaria, se dice que la elaboración del convenio arbitral debe ser elaborado en coordinación con la procuraduría del sector.

Y en el marco de ese decreto de urgencia, nosotros, lo que hemos propuesto, es una o dos instituciones arbitrales, las principales del país que ustedes las conocen. Pero, qué casualidad, justo en estos contratos, se olvidan de nuestra sugerencia, y en la cláusula de solución de controversias, dice: «cualquier controversia que surja en la ejecución del contrato, será resuelta mediante arbitraje y/o conciliación».

Como no se ha señalado en la institución arbitral, pues, se van a cualquier centro arbitral, que ayer era *ad hoc*, pero hoy día, como esa aprobación automática son institucionales, y dictan medidas cautelares, incluso, medidas cautelares irregulares, y nos dan 24 horas para poder oponernos.

Hemos tenido casos, por ejemplo, que en la página web de este centro institucional decía: «podrás presentar tus escritos hasta las 11:59 de la noche», pero después nosotros presentamos a las 11:20, creo, porque es impresionante, y los informes llegan tarde, pero me declaran improcedente por extemporáneo. Y yo digo: «Oye, ¿por qué me declaran improcedente, si en tu página web dice las 11:59 de la noche? No, mi página dice las 6 de la tarde».

Y revisamos. Lo habían modificado. Ahí, por ejemplo, hemos pedido una ricia técnica y se va a evaluar, y se va a tomar las acciones correspondientes, pero eso está pasando. Hay instituciones arbitrales donde el dueño es el árbitro de emergencia y la esposa del dueño es la secretaria general de este centro de emergencia. Y lo que me cuentan es que tocan la puerta amigos árbitros y dicen: «Oye, firmame esta medida cautelar», y lo firman y así.

Hay instituciones arbitrales que nos dicen: «MTC: Manténgase el *statu quo* del contrato. No puede resolver el contrato, intervenir económicamente, etc. hasta que dure o hasta que finalice el arbitraje», y no hay la firma del árbitro de emergencia. Y yo pido: «Oye, pero dime quién es el árbitro de emergencia», y mutis.

Ahí, por ejemplo, hemos formulado varias demandas de amparo y estamos cuestionando. Y eso está generando grave perjuicio económico y social porque, y no es por hablar a favor del Estado, sino, simplemente, los que se perjudican somos todos nosotros, somos todos los peruanos porque hace dos semanas, justamente, en una obra que está suspendida con una medida cautelar en Cusco, he viajado. Esta medida cautelar ¿qué es lo que ordena? «Manténgase el *statu quo* del contrato». Es decir, el MTC no puede resolver el contrato, no puede intervenir económicamente. ¿Y qué es lo que pasa en la realidad? La obra está abandonada. Y nosotros no podemos resolver el contrato, no podemos intervenir económicamente en la obra, y todos los trabajos que se habían ejecutado, las bases primarias de la carretera se están perdiendo. Y pregunto ¿quién es el perjudicado? No solamente es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones; somos todos, ustedes también porque son peruanos, porque del impuesto de cada uno de ustedes como árbitros y los que nos escuchan, se financian estos proyectos y los perjudicados somos todos.

Entonces, yo creo que no se debería hablar de la balanza inclinada, porque si queremos ver, lo podemos ver. Yo, desde la perspectiva de Estado, otros desde la perspectiva del contratista y viceversa porque el derecho es de acuerdo de la perspectiva que tú lo veas.

Pero, eso era solamente un ejercicio teórico para demostrar y decir que eso es una falacia, que está inclinado a favor de uno, a favor del otro, sino, simplemente, se legisla teniendo en cuenta la naturaleza.

Muchas gracias.

Ricardo Gandolfo Cortés: Muchas gracias, David.

Solo dos cuestiones respecto de esta última exposición. Efectivamente, hay una vigésima segunda disposición complementaria final en la Ley de Contrataciones del Estado que establece que, «mediante decreto supremo la Presidencia del Consejo Ministros establece la autoridad competente para acreditar las instituciones arbitrales. Dicha autoridad regula el procedimiento para tal efecto».

Hay que implementar. Esa es la acreditación de instituciones arbitrales, con lo cual se evitarán esos abusos a los que ha hecho referencia con justa razón, David.

Y respecto al registro de árbitros y de la obligación de que el árbitro que designen las entidades sea de este registro, es necesario hacer una aclaración. Yo siempre he estado cercano en estos últimos 25 años a todas estas modificaciones legislativas, siempre me consultan, no siempre me hacen caso, pero, en todo caso, lo que yo sé es lo siguiente.

Hay árbitros, hay procuradores como, efectivamente, se ha mencionado, pero procuradores en municipalidades, en localidades muy alejadas que eligen árbitros, equivocadamente, como dice David, a veces piensan que el árbitro es el defensor de los intereses del Estado. No es verdad, pero eligen árbitros que son sus compañeros de colegio, que no saben nada de arbitraje, que son sus amigos del barrio, en fin. A veces, el contratista, el privado, el particular también puede hacer eso, pero ahí sí no es nuestro problema porque, si el particular elige mal a un árbitro malo, va a tener un laudo malo y

será su problema porque es su inversión, es su riesgo, es su problema. Pero, si quien hace eso es el funcionario público, el alcalde, el ministro, el funcionario, eso tiene una repercusión importante. Él, sí, el funcionario defiende los intereses del Estado; debe hacer una elección de un árbitro justo y conocedor. Puede analizar sus escritos, ver si tiene libros, si su posición es coincidente con la suya; todo eso puede hacer, pero no puede elegir a sus amigos, esas cosas.

Entonces, para evitar esos abusos de parte de la institución del Estado es que la norma te dice: «Oye, tú vas a elegir de algún registro». Se eligió el registro del OSCE. Ahora, eso no conversó, no conversó esa norma con la otra norma que dice: «Oye, el registro del OSCE va a ser cada vez más pequeño». Eso es una locura, pues.

Entonces, eso hay que solucionar. Ese es el tema.

Muy bien. Hemos concluido nuestra mesa y vamos a dar una oportunidad, si es que los administradores lo permiten, para que cada uno de los expositores muy brevemente, por espacio de dos minutos, cada uno de ellos, pueda dar respuestas a las preguntas que se han formulado y que están disponibles en el chat de preguntas y respuestas, o para que comenten las exposiciones de sus compañeros, de sus colegas, o para lo que estimen pertinente.

Adelante, María Hilda.

María Hilda Becerra: Gracias, Ricardo.

Creo que solamente una aclaración.

Cuando nosotros hacemos o estamos en la posición de árbitro, no tenemos injerencia respecto de las normas que se emiten.

Entonces, realmente, no somos tan afortunados como tú, en el que no estamos consultados cuando se da la norma.

La pregunta es, entonces, bueno, con el marco jurídico que tenemos, cómo resolvemos. Y creo que, desde la doctrina, en los últimos años, hay un gran esfuerzo por poner sobre la mesa el tema de la prueba. Cómo es que evaluamos la prueba, como una herramienta fundamental justamente para tomar decisiones equilibradas que, además, respondan a lo que existe en el expediente, y hay una serie de discusiones realmente importantes que, incluso, abarcan a la filosofía del derecho, respecto de lo que debería o no debería ser la función de administrar justicia. Lo que, finalmente, se hace en el arbitraje.

Y por ahí había una pregunta sobre qué cosa es esto de los umbrales o estándares de prueba. Y creo que el ejemplo del derecho penal lo va a abarcar muy rapidito.

En el derecho penal, por ejemplo, la Constitución dice que todos tenemos presunción de inocencia. Entonces, en el derecho penal, como consecuencia de esta disposición, el umbral de prueba que se exige es bastante alto. Necesitamos romper la presunción de inocencia para ser declarado culpable. Y, entonces, legislativamente hay un umbral probatorio alto porque la norma considera que prefiero liberar a un culpable, que penalizar a un inocente justamente porque existen derechos fundamentales involucrados cuando hablamos del derecho penal.

Entonces, esta lógica del umbral probatorio o de estándar de prueba se aplica en el derecho penal, y está muy difundido, muy discutido, hay muchísima bibliografía, y creo que, en realidad, la idea de mi exposición era un poco provocar la reflexión sobre cómo construimos. ¿Vale la pena construirlos? ¿Los construimos? ¿Cómo los construimos? ¿A dónde vamos con el estándar de prueba que estamos trabajando?

Y, evidentemente, eso tiene que traducirse en resoluciones motivadas.

Muchas gracias y un gusto compartir la mesa.

Ricardo León Pastor: Calificaría un par de cosas del chat y de lo que había dicho Milagros, mi buena amiga.

Yo lo que he dicho es que hay dos formas de ver los desbalances. Uno es desde la crítica legislativa de la legislación, y otro desde la crítica, o que, eventualmente, se puede hacer de sesgos o preconcepciones, o razonamientos subjetivos que no aplican el derecho, en el caso de que un tribunal deba aplicarlo.

Mi observación ha estado vinculada a lo segundo, a los sesgos que no aplican el derecho, y esos esos no los he visto en las resoluciones de los jueces de Lima de este año 2022. No he dicho que no se puedan criticar las decisiones legislativas; o sea, los buenos abogados y abogadas solemos ser críticos del marco legislativo, pero es una crítica del marco legislativo. Y, entonces, empezamos a calentar el derecho para hacerlo líquido, y para que, un poco liquidado o hecho gaseoso, se pueda rehacer, y es una función importante de la doctrina y de los abogados hacerlo; sin embargo, no lo he hecho esta noche. Esta noche he estado un poco que el kelseniano.

Y lo segundo que quería comentar es que, efectivamente, en seis sentencias de las 44, hay referencias al estándar de prueba que ha anotado María Hilda Becerra, y será cuestión de verlas.

No es que me guste mucho lo que están haciendo hoy día los jueces, pero lo que me queda claro de la lectura de la jurisprudencia, es que los jueces no tienen unos sesgos subjetivos, están aplicando el derecho como los árbitros estamos llamados a aplicar el derecho que no creamos nosotros, al momento de resolver controversias, por un lado; y, por otro, están profundizando mucho en cuestiones probatorias, y nos guste o no, es hoy día la mirada que tienen los jueces de Lima, y me parece que hay que tomarlo en consideración. Podría cambiar; podría cambiar, pero ese es el estado de la decisión hoy.

Gracias.

Milagros Maraví Suma: Yo quería comentar respecto de lo que ha mencionado David, que los problemas que se están presentando para el Estado, en su defensa, respecto de no poder tener árbitros, el tener estos, si están dejando que no se defina el centro, desde un inicio en el convenio, entonces, obviamente, esa es, pues, una puerta abierta. Eso no lo han hecho los contratistas, eso lo ha hecho el mismo Estado. Entonces, debería, pues, corregirlo.

Tú hiciste referencia, Ricardo, al tema de que no debería haber nulidad por debida motivación, y yo creo, coincido contigo. O sea, coincido contigo en que, a lo largo, digamos, de los años, he visto que esto es un ejercicio que, desde mi punto de vista, termina siendo inútil porque no cambia sentido del laudo.

Y eso, la verdad es que, a mí, sinceramente, me parece una pérdida de tiempo abrir ese motivo para poder ir a una revisión del laudo.

Gracias.

David Ortiz Gaspar: Solo para complementar de la primera parte de mi presentación.

Lo que señalé solo es un ejercicio académico que es propio de estos eventos.

Ahora, respondiendo al objeto de la pregunta, los resultados, simplemente, y de manera rápida, por ejemplo, los resultados que hemos obtenido en la defensa del Estado desde el MTC, los del año

2018 hasta este mes, nos han notificado 326 laudos, y de esos 326 laudos, el MTC ha obtenido 234 laudos favorables.

Y, si vemos esto en estadísticas, la estadística de éxito del MTC es de un 72 % de éxito.

Ahora, si vemos en montos, desde el año 2018 a la fecha, los contratistas han pretendido que el Estado desembolse más de 1335 millones de soles. ¿Cuánto hemos evitado desembolsar desde la defensa del Estado, en el caso del MTC? 975 millones de soles, aproximadamente. Y, si lo vemos en estadística, es cerca del 73 % de éxitos.

Pues, yo creo que con esto demostramos con pruebas, con estadísticas concretas, que eso de que el Estado siempre pierde, ya es historia, y el Estado no necesita que la balanza esté inclinada a favor de nosotros para ganar un arbitraje.

Muchas gracias, muy amables.

Ricardo Gandolfo Cortés: Yo soy de los que piensa también que el Estado no siempre pierde; todo lo contrario. Según las estadísticas de la Universidad Católica, el centro de arbitraje de hace algunos años era del 100 % del monto que se le reclamaba al Estado, los tribunales arbitrales le ordenaban pagar el 47 %. Y eso era el porcentaje que le ordenaban pagar, subrayando la parte que dice «le ordenaban pagar», porque cuando se sepa lo que realmente pagaba el Estado, porque sabemos que no es un buen pagador, precisamente, la cifra todavía va a bajar mucho más. Entonces, eso demuestra que los procuradores defienden mucho mejor de lo que pensamos al Estado, y es una buena noticia, con el agravante de que yo pienso, por ejemplo, que el Estado sí debería perder porque, cuando le demandan, cuando alguien demanda, es por algo, es porque no le cumplen sus obligaciones, porque tiene cuentas por cobrar, por algo. No demanda de loco, y un arbitraje es costoso.

Entonces, si alguien demanda es porque, realmente, tiene un derecho que se está incumpliendo y necesita recuperarlo. Lo normal es que gane. No es un partido de fútbol, aunque pueden empatar, puede ganar uno o el otro. Normalmente gana el demandante, quien demanda es el que debe ganar. Pero, bueno, a veces no hace bien sus cosas, y pierde por formalidades, o por lo que fuese. Pero, las estadísticas están dando la razón a los procuradores y están demostrando que la cosa va por buen camino del lado del Estado, tanto en los arbitrajes locales como en los arbitrajes internacionales.

Muchas gracias a todos ustedes por su participación, y les cedemos la posta a los organizadores.

Buenas noches.

MESA N.º 3: MEDIACIÓN EN CONFLICTOS SOCIALES Y SOCIOAMBIENTALES

*César Guzmán-Barrón Sobrevilla*¹ (moderador)

*Javier Caravedo Chocano*²

*Juan Pablo Schaffer*³

*Patricia Balbuena Palacios*⁴

*Luis Abarado Zavala*⁵

¹ Abogado, árbitro y profesor principal de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

² Director ejecutivo de ProDiálogo.

³ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y con estudios de posgrado en Relaciones Comunitarias y Mediación y Resolución de Conflictos.

⁴ Abogada y magister en Género, Población y Desarrollo.

⁵ Comisionado de la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y de la Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Muy buenas tardes, amigos y amigas.

Para mí es una satisfacción poder ser moderador de esta mesa, y quiero felicitar la excelente idea del centro, de haber considerado un tema tan trascendente para nuestros países, incluyendo este mecanismo destinado a la solución de conflictos sociales y socioambientales, donde todos conocemos que existe un alto grado de conflictividad; no obstante, su alta incidencia, en el desarrollo del proyecto de inversión en nuestros países.

Agradecer, en particular, a Marlene Anchante, con quien durante dieciocho años tuvimos la oportunidad de compartir el reto de tratar de contribuir y colaborar desde el centro, en la formación y aplicación de la mediación como un mecanismo destinado a la prevención de conflictos sociales que surgen en el territorio peruano, y por qué no, también, latinoamericano.

Este mecanismo que, como ustedes saben bien, está basado en el diálogo, ha resultado efectivo para evitar la continuidad en la etapa en crisis y las escaladas de violencia en muchos conflictos en nuestro país.

Sin embargo, no parece haber resuelto definitivamente la espiral del conflicto. A partir del análisis que hemos realizado, en los procesos de diálogos suscitados en los últimos años, encontramos un problema muy serio, que es el seguimiento y cumplimiento de los acuerdos o compromisos arribados, que es uno de los puntos críticos para asegurar el éxito de aplicación de este mecanismo en la resolución de conflictos sociales.

Hay un alto porcentaje de acuerdos que no se cumplen, tanto por parte del Estado como de las empresas, y también hay casos de incumplimiento por parte de las comunidades.

Recuerdo como una anécdota, hace muchos años, conversaba con el gerente de relaciones comunitarias de una de las empresas mineras más grandes en el Perú. Me dijo: «César, lo primero que tengo que hacer es ver que se cumplan el 50 % de los acuerdos que no se cumplen, tal como los he identificado».

Igual conversaba con funcionarios de la PCM, y me decían: «No son 50, son 80 en el caso del Estado». Imagínense ustedes este grado de incumplimiento.

Esto ha sido verificado ya por análisis de data, incluso, hay informes que conocemos muy bien; y, seguramente nos compartirán aquí de la Defensoría del Pueblo.

Advertimos, por tanto, que no existe un procedimiento formal, como sí sucede con los procesos de conciliación y arbitraje, de forma tal, que el cumplimiento depende, como hemos advertido, de la buena voluntad de las partes.

En las actas, donde constan los acuerdos, notamos algunos pequeños rasgos, que quiero señalar como situación, para luego escuchar las propuestas en nuestros excelentes panelistas.

Los acuerdos no son vinculantes, como sí sucede con las actas de conciliación y los laudos arbitrales. De hecho, no hay capacidad de coerción alguna. La solución sería judicialización de los procesos, lo cual sería terrible por la alta sobrecarga de procesos judiciales y la falta de especialización del Poder Judicial en estos temas.

Los acuerdos que se adoptan en medio de una escalada de crisis, sobre todo, por parte del Estado y por parte también de las empresas que suponen compromisos que, luego, no se cumplen

por las autoridades porque estas no son a las que les corresponde asumirlas, ni tienen siquiera el presupuesto para ejecutarlos.

El alto grado de incumplimiento genera nuevos conflictos complicando la pérdida de confianza que esto genera. Y no suele incorporarse en los acuerdos fórmulas de seguimiento y sanciones o penalidades para quien los incumple.

En este contexto es que hemos invitado a nuestros panelistas, teniendo en cuenta sus cualidades, su experiencia para poder responder algunas preguntas que les vamos a plantear, y cuyas respuestas, estamos seguros de que nos dará mayores luces en la atención a este desafío; y, en particular, a esta breve situación que he querido describir, producto de mi experiencia.

Quisiera, en primer lugar, presentarles a Juan Pablo Schaeffer, de la Universidad Católica de Santiago de Chile. Tuve la satisfacción de estar con él, precisamente, en Santiago, compartiendo un poco estas experiencias. Y quisiera, a Juan Pablo, producto de su experiencia, hacerle la siguiente pregunta. Y para eso, como sabemos todos, de acuerdo a la organización del evento, tiene quince minutos para responder: ¿cuáles son los puntos críticos —subrayo— puntos críticos que se identifican para el seguimiento y cumplimiento de acuerdos, arribados en los procesos de mediación en conflictos sociales alcanzados en los últimos años, de acuerdo a tu experiencia?

Juan Pablo, tienes, por favor, la palabra.

Juan Pablo Schaeffer: Muchas gracias, César, y muchas gracias, digamos, a la universidad por la invitación. Estoy muy contento de poder acompañarlos hoy día.

Como bien dijo César, soy chileno, digamos, abogado chileno. Estudié en Chile, pero me ha tocado también conocer experiencias internacionales.

Les contaba a los panelistas que hace poco estaba viviendo en Ginebra trabajando para la Misión de Chile, ante la Organización Internacional del Trabajo; y, de alguna manera, me ha tocado vincularme al mundo de la mediación de conflictos socioambientales, a través de mi rol en empresas.

Yo he trabajado los últimos veinte años, digamos, en empresas mineras y energía, ya, tratando un poco de ver cómo somos capaces de generar puentes entre las empresas, las comunidades, los gobiernos locales, el gobierno central, y tratar de facilitar procesos de diálogo.

En Chile, a diferencia de Perú, les diría que estamos un poquito más atrás. Es decir, porque hoy día los acuerdos cuesta implementarlos, primero, porque nos falta institucionalidad. Hemos desarrollado bastante la mediación en familia, en temas laborales, en salud, pero nos falta mucho más en conflictos socioambientales. ¿Por qué? Posiblemente, hemos intentado hacerlo en distintas etapas de nuestra vida. Lo ha intentado hacer el Estado a través de iniciativas como valor minero, pensando en la minería y una institucionalidad pública, una agencia pública, así como la oficina que ustedes tienen, digamos, de diálogo y sostenibilidad, pero no hemos logrado llegar a puerto.

Entonces, la mayoría de los casos, hoy día, de conflictos socioambientales, muchas veces, o son facilitados, mediados por abogados de las mismas partes, o por alguna ONG; y, por ejemplo, está la experiencia del Punto Nacional de Contacto de la OCDE que, efectivamente, tiene una oficina de mediación de conflictos para las empresas multinacionales.

Entonces, primer punto, les diría poca institucionalidad. Poca institucionalidad, no solamente para la mediación, sino también para asegurarte de que los resultados de la mediación, realmente se implementen como las partes así lo definieron.

Segundo, les diría que poca capacidad de hacer seguimiento. Lo decía César recién. Es decir, muchas veces llegamos a acuerdo; a mí me ha tocado mediar conflicto entre una comunidad indígena

y una empresa minera; y el problema, yo les decía a ellos, al final del proceso, cuando ellos llegaron a un acuerdo es, si ustedes no son capaces de instalar capacidades de diálogo en ustedes mismos e instancias de diálogos, finalmente, lo que hoy día lograron, puede que quede, digamos, en nada, en tres o cuatro meses más.

Entonces, segundo punto: institucionalidad para hacer seguimiento a los acuerdos; acompañamiento a las partes.

Tercero: capacidad de diálogo en los actores. Yo creo que hoy día cuando entramos en una etapa de conflicto, obviamente, todos nos juntamos para resolverlo, pero no aprovechamos los tiempos de basa que ellos, en los cuales lo estamos formando; aquellos que estamos generando vínculos para instalar capacidades de diálogo. Y ahí una de las experiencias que yo he tenido, digamos, en Chile y en otras partes del mundo, cuando uno junta a los líderes de la comunidad con el gobierno local, con la empresa y empezamos a dialogar y a ponernos en el lugar del otro, y entender desde dónde está mirando cada uno, y su cosmovisión, nos permite, en los momentos más difíciles, tener una capacidad de entendernos, de empatizar; y, finalmente, de buscar una historia común y que sea un «nosotros».

Entonces, ahí tenemos un tercer punto, como decía César, tenemos poca institucionalidad, poco seguimiento, poca capacidad de diálogo; y, finalmente, con eso, lo que decía César es muy cierto; es decir, realmente la posibilidad de ser exitoso en este ámbito cuesta mucho.

Ahora, el costo alternativo del conflicto es muy alto. La justicia ordinaria muchas veces no tiene la capacidad para responder a la complejidad de estos conflictos que son multiactores, multipartes en el ámbito público, muchas veces.

Entonces, obviamente que tenemos que generar y tener esta instancia, pero tenemos que asegurar que funcione porque, si no funciona, se desprestigia; y, finalmente, no aplica se deslegitima.

Entonces, creo que los desafíos que tenemos por delante son muchos. Yo no quiero y sigo pensando que la mediación es un mecanismo para resolver conflictos socioambientales, no con la misma lógica de una mediación comercial entre dos partes que puede ser bastante más simple entre un mandante y un mandatario —como dije yo— estas son mediaciones o facilitaciones multipartes, multitectores, hay que conversar con todos; hay que preparar la mesa; hay que tener una gobernanza aquí, pero más encima hay que tener mesas de trabajo individuales por temática.

Entonces y solamente para dejar una propuesta sobre la mesa. No sé si muchos de ustedes deben de conocer los *dispute boards*, que son estos mecanismos de paneles de expertos que hacen seguimiento al desarrollo de contratos de construcción entre la empresa mandante y la empresa constructora.

Yo creo profundamente que puede existir una instancia en la cual creamos unos paneles de acompañamiento, paneles de expertos, acompañamiento comunitario para el desarrollo de proyectos, digamos, de inversión en los territorios mineros, forestales, grandes agroindustrias, etc., que nos permita que tres personas, por ejemplo, en un proyecto grande; uno que represente más los intereses de la comunidad; otro que represente los intereses de la empresa y un tercero que pueda ser nombrado por ambos, que acompañe en el desarrollo preventivamente; el desarrollo del proyecto principal más los proyectos comunitarios para levantar las alertas y recomendaciones a tiempo, de manera que permita que los conflictos no escalen.

La mayoría —como todos sabemos— la mayoría de estos conflictos socioambientales se genera por la forma, y ni siquiera hemos entrado a discutir por el fondo: «Que usted no me respetó... que usted dijo tal cosa y yo entendí una cosa distinta». Es decir, la mayoría de estos conflictos son por forma, por falta de respeto, por mirada distinta, por no entender, digamos, lo que la comunidad muchas veces percibe.

Entonces, la capacidad que tengamos de institucionalizar mecanismos que nos permitan preventivamente acompañar el desarrollo de estos proyectos, podría ser, digamos, una buena alternativa.

Así que lo dejo sobre la mesa para que lo podamos discutir durante el panel; y, obviamente, agradecerles nuevamente la invitación y absolutamente disponible para compartir con ustedes más adelante.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Extraordinario, Juan Pablo, nos has dejado sobre la mesa una propuesta de una experiencia que, precisamente, se va a ver en este congreso, en la próxima sesión, y es que aquí llamamos «Junta de resolución de disputas», y como bien mencionas, a nivel mundial se conoce como *dispute boards*. Y planteas, según entiendo, que los *dispute boards* podrían ser un camino, en la medida en que se compromete un panel nuevo, un panel distinto.

No es el que ve los *dispute boards* en temas de construcción, sino es un panel *ad hoc* que va destinado, según quiero, estoy parafraseando tu propuesta, solamente, pero me encanta porque yo creo que es un camino extraordinario para buscar soluciones que se dan en el momento, no que se haga una vez que el conflicto ya llegó a tal nivel, que ya las partes ni se entienden, sino, al contrario, están desde un momento y están también en la línea de la prevención.

Ahora también me toca con mucha satisfacción presentar a Patricia Balbuena, que, precisamente, en esta experiencia de trabajo en el campo, y también trabajo en la política, lo cual es admirable porque hoy día pareciera que todos preferimos no estar en ella, cuando creo que es una respuesta indispensable en nuestros países estar en política, y poner los pies en la política y embarcarse en ella.

La pregunta que le queríamos plantear a Patricia es qué podemos atender, cómo podemos atender los desafíos que se plantean respecto al seguimiento, cumplimiento de los acuerdos arribados en los procesos de mediación alcanzados en los últimos años.

Es decir, acuerdos se adoptan, acuerdos «N» existen. Yo creo que estamos nosotros dispuestos a llegar a acuerdos casi siempre, pero el tema fundamental, como lo estamos viendo en esta mesa, en esta pregunta tan importante, es qué hacer para que se cumplan.

En otras palabras, cómo atender estos desafíos que se plantean respecto al seguimiento y cumplimiento de los acuerdos, que muy bien ha planteado en cuatro líneas, Juan Pablo, hace un momento, relacionado con la institucionalidad, relacionado con la capacidad de diálogo, relacionado con quiénes son los que, finalmente, median, y relacionados, pues, con este costo alternativo que sería pretender judicializar los procesos.

Frente a ello, Patricia, quería yo hacerte esa pregunta y dejar en tus manos esto nuevos quince minutos, donde Juan Pablo agudamente ha sabido recortar en algunos más, con lo cual, estamos más a tiempo para compartir.

Patricia Balbuena Palacios: Muchas gracias. Muy buenas tardes a todos. Muchísimas gracias por la invitación; y, además, por estar en un panel que siempre nos convoca por los desafíos que nos presenta.

Creo que lo que Juan Pablo señala nos marca como varias rutas, pero tomo el tema de la institucionalidad, y yo, desde mi experiencia, más desde el sector público; yo soy funcionaria pública durante muchos años en alta dirección y en varias posiciones, y he estado en varios procesos de negociación y en varios procesos, y debe estar mi firma en varias actas también.

Entonces, así que creo que, de esa experiencia, voy a tratar también de ponerle el énfasis en el «cómo», porque muchas veces planteamos el «qué tenemos que hacer», pero creo que, a veces, hay que profundizar en los instrumentos o qué es lo que no permite, como señalaba César, lograr el cumplimiento de esos acuerdos.

Creo que Luis nos lo va a detallar en su presentación, pero creo que yo me adelanto acá, solamente, con un punto, tomando el informe defensorial, el número 187 del 2021, donde, entre la información y la data que nos señala, es que en el 2019 hay 6,876 acuerdos, 2019-2020, me parece ahí entre ese periodo, y de los cuales el 65 %, me parece, son acuerdos que son asumidos por el Estado; y que, en realidad, tienen un bajísimo nivel de cumplimiento.

Entonces, creo que ahí, y también es interesante que, de eso, que, en esos acuerdos, en esta gran cantidad de acuerdos que se asumen; o sea, casi siete mil acuerdos firmados, en el 41 % de estos acuerdos, por ejemplo, participan pueblos indígenas también. Entonces, eso tiene que ver con los perfiles también de los actores y los niveles de expectativa que pueden haber, en relación a algo que hemos señalado, y que creo que eso es en lo que todos queremos contribuir, que es cómo fortalecemos la institucionalidad y la confianza entre la ciudadanía y la acción pública y la decisión pública.

Creo que el principal desafío es cómo recuperamos confianza, porque, finalmente, la confianza es lo que nos va a permitir generar un marco de estabilidad, no solamente entre la inversión privada y de las comunidades, sino, principalmente, porque es un marco de estabilidad para poder generar las condiciones para el desarrollo y para lograr el bienestar de la población. O sea, eso es lo que creo que es el resultado al que todos tenemos que apuntalar; las condiciones tienen que ser esas, pero el gran resultado tiene que ser cómo mejoramos y superamos esta situación de desigualdad y de brechas que existen en las poblaciones donde, justamente, se desarrollan mucho estos conflictos socioambientales.

Entonces, yo creo que ahí, básicamente, y creo que también el informe de la Defensoría lo señala, es el tema de cómo garantizamos el cumplimiento de parte de las obligaciones del Estado, en relación a esos acuerdos que se compromete, y cuáles, digamos, la gente espera que el Estado cumpla.

Y lo segundo que espera es que tenga una capacidad de interlocución con los actores que también se han comprometido a otros acuerdos que, en este caso, son, principalmente, las empresas; pero, también, de otro lado, las comunidades. Por ejemplo, cómo las comunidades se comprometen a levantar determinadas medidas de fuerza, y ahí es, digamos, es el Estado el que tiene que estar dialogando con las comunidades o cómo con las empresas cumplen, por ejemplo, con flexibilizar, por ejemplo, en algunas circunstancias, el tema de los convenios marco o determinados acuerdos a los que han arribado con comunidades.

Entonces, creo que en esta relación de también de pensar el «cómo», yo voy a precisar en dos puntos. El primero tiene que ver con el contenido de los acuerdos y creo que acá hay algunas aristas que obstaculizan el cumplirlos. Lo primero tiene que ver con los acuerdos que van a involucrar un tema de naturaleza presupuestal; es decir, van a comprometer recursos del Estado.

Y, muchas veces, eso tiene que ver, digamos, desde la gestión pública, va a tener con que compromisos que un sector puede señalar por presión de la población: más agua, más colegios, más servicios de salud, más electrificación, etc.

El sector va a comprometerse y va a decir que va a hacerlo, pero, en realidad, esto no lo tiene en su presupuesto. Entonces, va a llevarlo, va a llevar al sector a presentar demandas adicionales que, generalmente, tienen poca viabilidad, salvo que haya mucha fuerza de voluntad política para lograrlo.

Entonces, el tema de cuánto se carga de responsabilidad, digamos, el sector que asume compromisos, vinculado a incrementar presupuesto, ya tiene un problema cuando se suscribe a un acuerdo de esa naturaleza. Ahí hay un problema de nacimiento, digamos, porque, posiblemente, no logre conseguir esos recursos adicionales para el nuevo compromiso que está asumiendo.

Lo segundo es, el segundo escenario es, ya tiene el presupuesto para poder cumplir ese acuerdo, pero ahí entran las fallas en la capacidad de las entidades, justamente, para ejecutar el presupuesto y poder cumplirlo de manera oportuna para garantizar y, digamos, llegar a tiempo en el cumplimiento del acuerdo.

Entonces, ahí creo que hay un tema de capacidad; o sea, primero es: tengo los recursos y si no los tengo, posiblemente, no los logre tener porque no son prioridad entre tantas miles de demandas que hay.

Segundo, cuando tengo el presupuesto, no tengo capacidad para ejecutarlo. Y ahí tengo, y hay ahí un grave problema. Digamos, el sector público creo que estamos ahorita como en cuarenta y tantos por cientos de ejecución presupuestal. O sea, estamos bajísimos en ejecución. Y creo que ahí el otro tema es la viabilidad técnica de los acuerdos a los que se arriban, que pueden muchas veces responder a contextos de presión, pero que van a chocar con argumentos técnicos que no van a poder ser resueltos.

Por ejemplo, cosas sencillas. Vamos a poner un colegio secundario porque todas las poblaciones rurales quieren que hagan un colegio secundario para que no migren a otra provincia, a otras zonas. Es razonable. Pero ahí el Minedu lo que te va a responder, es decir: «No. Para yo poner un colegio secundario tengo que cumplir con un número de estudiantes que no lo pueden, que no hay en un centro poblado».

Entonces, «tú me pides que te ponga colegio secundario, no lo voy a poder hacer porque tengo una norma técnica que no voy a cambiar».

Entonces, ahí también tienen que la viabilidad técnica es la tercera barrera, en estos contenidos de esos acuerdos.

Y el segundo punto, que me parece también dificulta esta y que creo que ahí es donde tenemos que también contribuir a ver cómo lo resolvemos, es el peso que tienen las entidades a las cuales les toca garantizar el cumplimiento de estos acuerdos.

Entonces, ¿a qué me refiero? Que, a veces, se entiende que el seguimiento de parte, por ejemplo, no sé, pues, de la Secretaría de Gestión del Diálogo de PCM, es, básicamente, pedir un reporte a las entidades públicas de cómo... de si ha cumplido o no ha cumplido.

Entonces, las entidades públicas, dentro de su propio aparato, le va a mandar un oficio o un memorándum a 200 funcionarios que van a ir respondiendo; y, finalmente, la respuesta va a decir, todo el mundo va a decir que «están en proceso»; en proceso de implementación, en proceso de cumplimiento; y la entidad lo que va a hacer; o sea, se entiende el seguimiento, básicamente, como un recojo de información, cuando, en realidad, el seguimiento tiene que ser cómo establecemos los mecanismos para que cumplas, no para que me reportes, no para que me digas que está en proceso, no para que me digas que lo estás haciendo, y que lo verás, que quizás, tal vez mañana, pasado mañana, sino es cómo hacemos para garantizar, entonces, la fuerza, la capacidad y el peso que tiene que tener a quien le corresponde garantizar el cumplimiento de estos acuerdos por sobre otros sectores, digamos.

Entonces, ahí cuando se creó el Viceministerio de Gobernanza en la Presidencia del Consejo de Ministros. ¿Por qué se creó un viceministerio? Una de las razones era que la Secretaría de Diálogo no tenía el peso suficiente frente a otros viceministerios. Digamos, un secretario no se podía parar frente a un viceministro, por el tema de jerarquías, a pedirle cuentas.

Entonces, dije: «Bueno, entonces, la solución: creamos un viceministerio». Y la verdad, tampoco ha sido de mucha solución... No ha ayudado. ¿Por qué? Porque no hay... el tema es que las entidades igual se posicionan... ah... acá creo que hay un punto que la Defensoría señala como relevante. Finalmente, cuando el funcionario público, en nombre de su entidad, firma un acuerdo, no asume ninguna responsabilidad, o es que pareciera que no existiera ninguna responsabilidad detrás de esta, digamos, el funcionario está firmando en nombre de una entidad, está siendo delegado para; pero, el no cumplimiento no implica ninguna responsabilidad. Que yo conozca, a ningún funcionario se le ha

abierto algún procedimiento administrativo por no cumplir acuerdos, o por no existir ningún tipo de... Entonces, no es ningún incentivo ni un desincentivo para el funcionario no cumplirlos.

Entonces, creo que hay un tema también de la capacidad de la entidad para poder presionar, para poder garantizar el cumplimiento y no solamente la emisión de reporte, sino también para garantizar que esta responsabilidad que se asume con la firma de los compromisos, realmente, sea una responsabilidad que se asuma, en tanto estás firmando un acuerdo en nombre de una delegación que se te está haciendo, y un compromiso que, por tanto, tendría que ser asumido con la rigurosidad del tema.

Entonces, creo que ahí hay como esos, yo plantearía como esos nudos, esos desafíos que hay que resolver, y que tienen que ver, nuevamente, reitero, desde mi experiencia en la gestión pública. Y, obviamente, desde esa mirada para también poner el matiz en esta conversación.

Entonces yo lo dejaría ahí para poder seguir conversando y les agradezco nuevamente el tiempo y la escucha.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Gracias, Patricia.

Nos has compartido lo que, muchas veces, no sabemos porque no estamos en el mundo interno de la administración pública, y tu experiencia, y tu bonhomía nos permite conocer esa experiencia al interior de las entidades, y somos muy fáciles para criticar, y no sabemos lo que pasa en el mundo de esa realidad. Me ha tocado ser veintitrés años funcionario público y comprendo lo que señalas.

Es interesante el tema de los contenidos de los acuerdos, como los has planteado muy bien en términos presupuestales. Nos ha tocado vivir esa experiencia; me demoraría largo contarla, en que, inclusive, el presidente del gobierno regional nos dijo: «Ese era el anterior presidente. El acuerdo era de él. Yo ahora soy nuevo». No tanto, imagínense ahora que hay tantos cambios de ministros: «Ese era el anterior ministro; y, por tanto, yo tengo... Yo soy nuevo». Y lo mismo pasa con las comunidades. «Yo, antes él era el presidente de la comunidad, ahora soy yo, y hay que revisar».

Y ahí los dejo con una inquietud que una vez lo vivimos en carne propia. Las comunidades, cuando llegan a un acuerdo, dicen: «No, el acuerdo es el inicio de una negociación porque tenemos una connotación distinta de lo que ustedes piensan que es un acuerdo».

Entonces, todo esto va conduciendo a una dificultad, que, si no conocemos esa realidad, se hace mucho más difícil.

Muchas gracias, Patricia. Nos has planteado los desafíos muy bien desarrollados.

Y ahora le vamos a ceder el turno a Luis Alvarado.

Luis Alvarado está en este espacio que, durante tanto tiempo, hasta llegamos a denominar que era como una suerte de profetas de las calamidades porque todos los meses nos lanzaba la lista de conflictos que estábamos viviendo. Pero, era la realidad entonces.

Y, además, ha sacado publicaciones muy importantes como las que han sido citadas; y por eso será muy interesante escuchar a Luis sobre qué acciones inmediatas y de mediano plazo deben realizarse desde el Estado para garantizar el seguimiento y cumplimiento de los acuerdos. Insisto en la pregunta y subrayo: qué acciones inmediatas y de mediano plazo deben realizarse desde el Estado para garantizar el seguimiento y cumplimiento de los acuerdos.

Patricia, muy bien nos ha conducido a esos desafíos. Ahora el desafío es responder con acciones inmediatas y de mediano plazo que tú consideras que deben llevarse adelante para que los acuerdos se cumplan.

Adelante, por favor, Luis.

Luis Alvarado Zavala: Muchas gracias, César.

Buenas noches con todos y todas.

En primer lugar, agradecer al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP por invitarme a este evento, a este congreso.

Y, bueno, para poder responder a la pregunta de César, permítame hacer una muy breve presentación sobre el informe que ha aludido Patricia: el Informe Defensorial n.º 187.

Va a ser muy breve, y que es importante considerarlo porque, a partir de ahí, nace la propuesta de qué hacer; y, evidentemente, vamos a proponer qué hacer desde el punto de vista de la Defensoría; cómo ha evaluado este problema a partir de su propia experiencia, intervención y monitoreo.

Permítame también rescatar la propuesta de Juan Pablo Schaeffer, muy importante. Creo que merece un debate, un análisis a profundidad, y también destacar la experiencia y la intervención de Patricia Balbuena, que me han antecedido.

Bueno, el Informe Defensorial n.º 187 tiene que ver con, justamente, el problema ya explicado. Es una investigación que fue publicada en diciembre del año pasado, 2021; y, bueno, los objetivos han sido justamente contribuir, desde la Defensoría, a gestionar, efectivamente, el cumplimiento de acuerdos.

Todos saben aquí, los especialistas, que hay oficinas en los ministerios, en los gobiernos regionales, algunas menos, que hacen un seguimiento de los compromisos. Piden información, convocan a reuniones, se reúnen con la población.

Y, entonces, pero, cuando hablamos de gestión efectiva del cumplimiento, como veremos, vamos un poco más allá de eso. Sin resaltar la importancia que tienen estas oficinas de gestión de conflictos de los ministerios, que realizan un trabajo muy arduo, queremos decir que se entienda que este informe va un poco más allá de lo que implica gestionar el cumplimiento.

Entonces, para eso hicimos un análisis que vamos a ver más adelante; antes estas tres premisas; y, justamente, que tienen que ver con lo que se señalaba en las anteriores exposiciones.

Para la Defensoría, los compromisos suscritos en las actas se deben cumplir. No hay una razón de peso más allá de que sea una obligación legal o se hayan iniciado procedimientos contra los funcionarios para poder cumplir porque es el Estado el que está presente y los funcionarios representan al Estado. Como servidores públicos, tienen la obligación y está contenida en normas generales en el caso del Poder Ejecutivo y en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, los principios que tienen que ver con la participación de cualquier funcionario que está en representación del Estado.

Entonces, y por eso también el Estado tiene la obligación de ser transparente y rendir cuentas de sus actos. No es posible o no es concebible que una institución que participa con poblaciones que se compromete y firma actas, luego de ellos se pueda desentender, olvidar o considerar que solamente se trata de promesas o de medidas para salir del paso y superar una crisis. Esto va mucho más allá y tienen que ver con la gestión pública, propiamente.

Y el cumplimiento de acuerdos, claro está, es una medida de prevención, como vamos a ver a continuación en los impactos. ¿Porque cuáles son los impactos del incumplimiento? Pues, se mantiene como situación percibida por la población como riesgoso o perjudicial, es decir, no hay un cambio concreto en la situación de aquellas personas, aquellas organizaciones, aquellos pueblos indígenas que

establecen una demanda, piden una agenda, consumen días en poder tratar una mesa de diálogo, se desplazan hacia esos lugares los propios funcionarios para poder llegar a ese acuerdo, y no se cumple.

Le resta legitimidad al valor del diálogo; claro que sí porque, si no hay un cumplimiento efectivo, el resultado mismo del proceso de diálogo queda trunco. Es decir, para qué nos sentamos a dialogar, para qué hacemos ese esfuerzo de agendar, de construir una agenda, de convocar, de tener reuniones, sí, al final, lo que establecemos en un acta, no se va a cumplir.

Y, al final, el diálogo, como mecanismo, está siendo defraudado. Incluso, hay algunos especialistas que señalan que deberíamos pasar a otro tipo de enfoque, cuando el diálogo, en sí mismo, ha resuelto muchos de los conflictos como proceso.

El incumplimiento de acuerdos suscritos en actas constituye una de las causas, claro que sí, del retorno del conflicto; y, eventualmente, a la violencia, y hay, evidentemente, un incremento de la desconfianza en el Estado, lo que en las empresas podríamos llamar «la reputación de las empresas»; para el Estado, el no cumplimiento de acuerdos deslegitima la autoridad y le resta capacidad para volver o para seguir enfrentando situaciones conflictivas.

Ahora bien, en relación al acta. El acta es un documento que expresa la voluntad de las partes para resolver los problemas tratados en el diálogo.

En este caso, de acuerdo a nuestra evaluación, las decisiones políticas tomadas en estas actas son actos de gobierno, pero, y acá los abogados o quienes están más allegados a esto, podrán entender, deben ser convertidos en actos de administración para garantizar su trazabilidad en los procesos de gestión pública.

Y es lo que explicaba Patricia, cómo hacemos, cuándo se firman, cuál es el camino del acta y cómo se tiene que cumplir.

Entonces, las actas representan, para los actores sociales, compromisos relacionados con su bienestar, y evidencian la actuación del Estado y de las empresas.

Entonces, este documento que está firmado, justamente, requiere dotársele de esa obligatoriedad administrativa para poder garantizar su cumplimiento.

Sabemos que la ruta y los vericuetos administrativos en el área de asesoría jurídica, en el área de presupuesto, en el área de planificación, puede tener muchos rumbos, pero lo importante acá es qué curso o cómo hacemos para que estas decisiones políticas sean de obligatoriedad para cualquier funcionario y para cualquier dependencia de todas las dependencias que funcionan en los ministerios, en los gobiernos regionales, en las municipalidades.

Bueno, para poder hacer esta investigación, hemos analizado 774 actas, 4258 acuerdos, en relación a 29 procesos de diálogo que comprenden el período 2012-2019.

Acá hay algunos hallazgos, por ejemplo, el 55 % de procesos de diálogo corresponden a conflictos que desarrollan en el ámbito rural; el 41 % de los procesos de diálogo contaron con la participación de pueblos indígenas. Esto es importante, en el 9,7 %, o sea, 411 acuerdos, no se identifica al responsable del cumplimiento.

Esta situación es muy problemática, ¿por qué?, y tiene que ver con la calidad del diálogo, porque no solamente es importante ir y reunirse, sino cómo se redacta el acta y cómo contribuye a garantizar que al final se pueda cumplir el acuerdo.

Y, justamente, yendo a ello, queríamos señalar en este momento que la mediación que hace el Ejecutivo, el gobierno regional, en el diálogo que también le llaman «facilitación», al final, también

existe el seguimiento de acuerdos. Por ejemplo, un caso donde un acuerdo no se señala quién es el responsable o ya las condiciones para que se cumpla ese acuerdo cambiaron, tiene que haber nuevamente una negociación para redefinir cómo se tiene que cumplir ese acuerdo o qué otras salidas se le tiene que dar.

Entonces, en la gestión del cumplimiento de acuerdos también es necesaria la facilitación, la mediación del Estado para poder hacer que esos acuerdos que, en su momento se firmaron, y que ya, en este nuevo momento, ya no pueden ser cumplidos o tienen que ser modificados por voluntad nuevamente de las partes, tengan que sentarse nuevamente y darle una viabilidad.

El 38 % de procesos de diálogo fueron formalizados a través de resoluciones, normas de un nivel jerárquico, resolución ministerial o decreto supremo que contribuyen a establecer grupos de trabajo y formalizar esto. Solo el 38 % hemos identificado.

En el 57,7 % no se precisó ningún tipo de plazo para su cumplimiento. Esto también es problemático; y, evidentemente, es fácil señalarlo en este momento. En el proceso mismo de diálogo, a veces, es complejo, pero lo importante acá sería establecer plazos y áreas responsables de cada cumplimiento de acuerdo.

Y solo en el 13 % se designó a un comité o un órgano colegiado, incluso ahora se están creando resoluciones que le denominan: «el grupo de trabajo para el cumplimiento de los compromisos».

Entonces, ya también se evidencia que estas comisiones o grupo de seguimiento que, en realidad, estaban formalizados solo en el acta designando, tanto a los gestores del diálogo como a las organizaciones, y, en algunos casos, a las empresas, no han funcionado del todo. Y, en realidad, no es una modalidad que hayamos identificado como que sea la más usada para procesos que ya han concluido.

Bueno, acá están, hicimos también cuestionarios a secretarías generales de ministerios y a las oficinas de gestión social y diálogo de los ministerios y a los gobiernos regionales.

Entonces, en la mayoría de los casos han señalado no contar con un procedimiento para el cumplimiento de acuerdos, y sí consideran necesario que sea una dependencia de la categoría de la secretaría general o la gerencia general regional, la encargada de hacer la gestión del cumplimiento.

Vamos a pasar en un siguiente momento a explicar esto, a qué nos referimos, justamente, en esta presentación.

El seguimiento que ven al medio tiene que ver con el trabajo, como señalaba, complejo, difícil, arduo. Me ha tocado también desarrollarlo porque, en su momento, estuve como especialista en la Oficina Nacional de Diálogo que, como hemos señalado, nos ha parecido la experiencia más importante dentro de la Presidencia del Consejo de Ministros para la gestión de los conflictos.

Entonces, este trabajo que hacen los ministerios, que hacen en la PCM, que hacen algunas oficinas de gobiernos regionales, tiene que continuar y debe ser fortalecido, pero, como también se señalaba en las anteriores exposiciones, no es suficiente para poder cumplir con encargarse o responsabilizarse por el resultado del cumplimiento del acta; porque una cosa es pedir información, convocar a reuniones, pedir que informen los ministerios, pedir que informe el gobierno regional, y otra cosa es responsabilizarse por el cumplimiento. Y sabemos que las oficinas de gestión social y diálogo no se pueden hacer responsables por las respuestas técnicas estatales que tienen que dar las otras dependencias, los ministerios, las municipalidades, los gobiernos regionales.

Entonces, ahí hay una diferenciación, y por eso señalamos o hacemos esta distinción con la gestión del cumplimiento cuando queremos señalar que, quienes deben hacerse responsables en tér-

minos administrativos de derecho administrativo, tienen que ser las secretarías generales o las gerencias generales regionales, a fin de que todo este vericuetto, toda esta trazabilidad que tiene el acta, una vez que ingresa, a todas las dependencias por las que tiene que pasar, más aún si se trata de proyectos de inversión pública o de otro contenido, para poder cumplirse; porque si no señalamos un responsable claro, es difícil; y también del nivel que tenga este funcionario, eso no va a permitir hacer una rendición más clara de cuentas.

Y, por otro lado, la Defensoría del Pueblo, como institución supervisora de cumplimiento de acuerdos, desde su punto de vista también hacer la gestión; tiene que ver con la supervisión a que eso se cumpla; y, evidentemente, no tiene que ver con ninguno de los roles anteriores porque la Defensoría del Pueblo se ubica en el diseño institucional como un órgano supervisor.

Por la experiencia, por los años de intervención y monitoreo en los conflictos, consideramos que podemos desarrollar este trabajo para contribuir a que el Estado, el gobierno pueda realizar una adecuada gestión del cumplimiento y continuar fortaleciendo el seguimiento de los compromisos.

Dicho eso, y ya para acabar, acá están algunas de las recomendaciones que hemos planteado; y, justamente, van en línea con lo que anteriormente he explicado.

A la Presidencia del Consejo de Ministros pedimos la aprobación de un decreto supremo que, justamente, permita formalizar el curso del acta dentro de los procesos de la gestión pública, y señalando que cada ministerio deberá destinar como responsable de acuerdos a la máxima autoridad administrativa del sector; podría ser la secretaria general u otra dependencia ubicada en la alta dirección.

A los gobiernos regionales, de modo similar, y en cuanto a la transparencia y rendición de cuentas al Ministerio Energía y Minas, hacer una publicación periódica de los reportes en la página web del cumplimiento de los compromisos asumidos por las empresas del sector, porque el Ministerio de Energía y Minas, la Oficina General de Gestión Social tiene esta competencia de seguimiento que es muy importante porque, a veces, no se pone en evidencia los avances o las buenas prácticas que tienen algunas empresas, y que son varias que hemos podido identificar de cómo cumplen sus acuerdos.

Y, evidentemente, también del otro lado hay algunas empresas que pueden no cumplir, y por eso es necesario mayor transparencia, en este caso, para generar la opinión pública, ya que los conflictos sociales son de interés nacional. O quién no conoce de esto en los medios de comunicación. Es muy importante generar información, transparencia que permita ver los avances y ver qué trabajo se está realizando.

Y, finalmente, la Defensoría del Pueblo misma ha señalado, ha pedido al Ministerio de Economía que se le asignen los recursos presupuestarios para hacerse cargo de esta financiación.

Y, bueno, debemos señalar que, hasta el momento, la presencia del Consejo de Ministros no ha respondido a la Defensoría del Pueblo, en relación al contenido del informe.

Y con esto termino. Quiero señalar que los informes de la Defensoría no son para solamente que salga publicado; son documentos para el cambio, para generar cambio.

Entonces, las instituciones públicas están en la obligación de contestar, si acogen o no acogen la recomendación. Si la acogen, deben señalar en qué medida la acogen. Si no la acogen, tienen que señalar en qué medida y por qué razones no acogen la recomendación de la Defensoría del Pueblo. Eso está en una Ley Orgánica que tiene obligatorio cumplimiento para todas las instituciones públicas que son objeto de recomendación de la Defensoría del Pueblo.

Entonces, básicamente, estas serían las recomendaciones en lo inmediato para poder trabajar este tema tan importante, ya pensando en la gestión de la conflictividad como un sistema, no solamente como hechos aislados.

Muchas gracias.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Yo diría, muchas gracias, Luis, por esta exposición completa.

Siempre, cuando hemos leído este informe de la Defensoría, nos quedamos con una pregunta que ahí la dejo.

Aquí estamos hablando de cómo ir adelante en cumplimiento de los compromisos asumidos por parte del Estado, y la pregunta era dirigida a ello, es decir, que, a mediano plazo, qué debe realizarse desde el Estado para garantizar el seguimiento y cumplimiento.

Pero también conocemos un grado alto de incumplimiento por parte de las empresas, y por parte de los compromisos de las comunidades. La pregunta que yo dejaría para luego, porque a Dios gracias, estamos yendo con el tiempo muy bien, es cómo hacemos en el caso del incumplimiento de las empresas y cómo hacemos en el grado de incumplimiento de las comunidades, ¿verdad? Porque las propuestas están muy bien hechas, incluso, siempre un congreso ha tenido antiguamente el objetivo de llegar a conclusiones y acuerdos, y alcanzárselos a las autoridades o entidades respectivas.

A veces, a mí... nos hemos tomado la costumbre, que no es el caso nuestro, y sí, yo digo «nuestro» porque siempre me siento parte del centro, que termine en un diálogo, conversa, comentario y ahí terminó. Pero no hay, como en este caso, recomendaciones, propuestas, como en los *dispute boards* planteados por Juan Pablo o Patricia también, cuando nos habla del cómo, que ahora estas recomendaciones que podrían, aunadas convertirse en un excelente documento de propuesta para el gobierno y para las empresas, y por qué no, las comunidades, de una organización independiente, como es la Universidad Católica, que hace este tipo de invitación para tratar este tema y escuchar, más aún, otras propuestas adicionales, como estoy seguro de las que nos va a plantear Javier Caravedo de ProDiálogo, donde viene este otro tema.

Ya se habló de la institucionalidad, pero aquí las preguntas van más bien a los actores sociales y hacia las instituciones para fortalecer la mediación.

La pregunta que le queremos hacer a nuestro amigo Javier es ¿cuál es el rol de las instituciones o el papel de las instituciones de los actores sociales para fortalecer la mediación con un mecanismo efectivo para la resolución de conflictos? Y qué les toca a las instituciones y qué les toca a los actores sociales para fortalecer. Tal vez aquí está el complemento de aquello, como bien señaló Luis hace su momento.

Javier tienes la palabra por quince minutos. Es siete y cuarto, con lo cual estamos muy bien de tiempo porque tenemos hasta diez para las ocho.

Adelante, por favor, Javier. O sea que lento, despacio, no te preocupes. Lo importante es que puedas completar muy bien tu respuesta a esta interesante pregunta. Adelante, Javier.

Javier Caravedo Chocano: Gracias, César y gracias al centro por la invitación a este importante congreso y panel. Bueno, saludar a Juan Pablo, Patricia, Luis, en esta mesa.

Bueno, yo voy a hablar desde quizás desde dos sombreros de mediación. Uno como desde ProDiálogo, que es una organización, sociedad civil que realiza mediación independiente, ya casi dos décadas; mediación socioambiental, mediación social; «facilitación» le llamamos en el Perú, pero yo creo que mucho de la facilitación de procesos de diálogo, a la larga, son por su naturaleza, mediación de conflictos socioambientales.

Y también me tocó la experiencia de trabajar en la Secretaría de Gestión Social y Diálogo de la Presidencia del Consejo de Ministros durante el gobierno de transición, enero del 2021-julio del 2021.

Ahí nos encontramos con Luis en varios procesos, en el Corredor Vial Sur, sobre todo. Casi que nos veíamos seguido en la semana, en algunos casos.

Entonces, desde esa mirada, quisiera compartir, me van a permitir, quizás salir un poco de los temas de gestión, propiamente, y administrativos y operacionales, a tener una mirada... ampliar un poquito la mirada en términos de conflictividad porque me parece que estamos, incluso, más allá del tema de gestión pública, institucionalidad, en una crisis, siempre lo he dicho en algunos contextos, una crisis sistémica de institucionalidad, incluso, de democracia. Una cosa más profunda y que no solamente tiene que ver con el Perú.

Entonces, si me permiten compartir la pantalla. Ahí estamos.

Felizmente, Luis me ha ahorrado en compartir información sobre lo que ha dicho Defensoría, pero primero quisiera situarnos un poco, como decía, mirar un poco para atrás en el panorama de cómo se ha desarrollado la conflictividad social y socioambiental en el país. O sea, estamos en las dos primeras décadas del siglo XXI; y, digamos, hemos entrado en una suerte de nuevo escenario de conflictividad marcado por la crisis sanitaria; la pandemia parece que ha sido hace muchos años, pero recién tenemos dos años y medio y ha causado muchos impactos. La crisis económica que ha venido a propósito de ello; hay un escenario conflictual laboral que se ha producido en el contexto de la pandemia.

El acelerado cambio de la transformación digital que ha acelerado también brechas sociales, nuestras brechas digitales, y esta crisis de legitimidad de las democracias en, no solamente en el país, sino en el Perú, quiero decir, sino en Latinoamérica.

Recordemos que antes de la pandemia ya teníamos varios casos en Latinoamérica de serios cuestionamientos a las instituciones, incluso los países con más estabilidad.

Y, bueno, en ese contexto, prepandemia, ya casi entrando a la pandemia, ya teníamos una acumulación de asuntos de conflictividad, factores de conflictividad que se estaban acumulando, que tienen que ver con incumplimientos, que ese es el tema casi central del que estamos hablando, pero también con una demanda de corrupción.

Es decir, el incumplimiento ya no solamente en un tema de ineficiencia de la gestión del Estado, sino era percibido por las comunidades, por la sociedad civil, digamos, a quienes demandaban, como corrupción, como actos de corrupción. Es decir, no me cumplen porque hay corrupción detrás.

Las dinámicas territoriales fueron cambiando, los escenarios ya no eran aislados al entorno de los proyectos extractivos, mineros, energéticos, etc., sino y ya, digamos, la interconexión o el trazado de la conflictividad ya era más territorial. Bueno, el Corredor Vial Sur, digamos, es el espacio más notorio en ese sentido; pero también, por ejemplo, las tres provincias de Ayacucho sur, que es un escenario, quizás, de la conflictividad que no se le presta tanta atención, pero de los más agudos.

En fin, había una serie de estrategias que ya estaban desgastadas en el sentido de que habían las negociaciones transaccionales bilaterales, empresas, comunidades, eso ya estaba bastante claro que no iba más; los estados de emergencia, recurrir como como estrategia de gestión, entre comillas, de «conflictos», también habían agotado su capacidad de actuación y el surgimiento de estos nuevos actores, como los llama la política «los *brokers*», ante la falta de estructuras políticas y sociales porque la crisis de representatividad ha atravesado todo el país, no solamente en la política; aparecen estos actores para buscar canalizar descontentos, pero no con miradas de desarrollo, sino con miradas más de corto plazo.

Bueno, la pandemia, incluso, la Defensoría sacó un par de reportes. Hubo unos meses, al inicio de la pandemia, que «entre comillas», «se suspendieron los conflictos» y «los procesos de diálogo», pero después ese embalse comenzó a generar tensiones, sobre todo, en términos de salud laboral.

Bueno, nuevamente el tema del incumplimiento de compromisos, todo lo relacionado a la salud; y, luego, surgieron los casos como el de Paracas, el aeropuerto de Paracas; Las Bambas otra vez, etc.

Y, bueno, y voy ahora a la estadística de la Secretaría de Gestión Social y Diálogo la Presidencia del Consejo de Ministros, al día de hoy, así como la Defensoría del Pueblo nos dice, con regularidad, que más del 60 % o alrededor del 60 % de los conflictos socioambientales, y de ellos cerca del 80 % son de tipo minero, en el caso de las secretarías de gestión social y diálogo, hay que recordar que no necesariamente observan todos los conflictos sociales que existen en el país, sino los conflictos sociales que tienen cuatro características: tienen capacidad o tienen el riesgo de impactar en la gobernabilidad, en la gobernanza territorial, en el sentido de la capacidad de planificación, gestión del territorio hacia el desarrollo de manera multiactor en la vulneración de derechos fundamentales y también en el orden público.

Y ahí hay una clasificación de los niveles de riesgo, pero, si vemos el último reporte semestral de la secretaría, indica que hay 101 casos y la mayoría de ellos están en la unidad territorial suroeste que, básicamente, es el Corredor Vial Sur, las provincias de Apurímac y Cusco vinculados al corredor.

Y de ellas, el 55 % son mineros. Entonces, ahí hay, digamos, una coincidencia con la información de la Defensoría. Yo creo que no, los roles son distintos y las mediaciones, yo no creo que el debate, si la mediación de la secretaría o de la Defensoría, cuál es más ajustado a la realidad, creo que son funciones distintas. Entonces, no creo que sea tan importante detenerme ahí. Lo importante creo es sí, que hay esa coincidencia de la prevalencia de la conflictiva en ese sector.

Ahora, en este período postpandemia hay ciertas dinámicas que se ven que son sí, relativamente, nuevas, en el sentido de que o, en todo caso, se han agudizado o enfatizado ciertas dinámicas.

Primero, que hay escenarios y conflictividad que tienen que ver con disputas privadas; es decir, entre comunidades y empresas, y que tienen que ver con la compraventa de terrenos. Piden las comunidades que, en su momento, vendieron terrenos a proyectos extractivos que no fueron puestas al valor justo; y, entonces, piden renegociar esas condiciones, independientemente de si los argumentos o el cuestionamiento de la ejecución en torno a estos argumentos, pero el hecho concreto es que hay esos cuestionamientos.

Luego, comunidades que buscan ser parte del área de influencia que antes no eran consideradas, incluso, la renegociación de convenios marco, en términos de beneficios, en términos de empleo. Ahora, lo de Espinar vuelve, por ejemplo, a ponerse en la agenda pública y el cumplimiento de compromisos nuevamente.

Pero también hay otro tipo de disputas que tienen más que ver con recursos públicos; y, es decir, las comunidades y los gobiernos locales enfrentan al gobierno nacional, en torno, sí, a la actividad extractiva de proyectos mineros, sobre todo, y sobre impacto de la entidad petrolera que tiene que ver con la consulta previa y la participación, la fiscalización ambiental, la reparación de daños ambientales, también la provisión de servicios públicos y la gestión de los recursos públicos, en términos de la elaboración de proyectos, la ejecución y la financiación, y también el cambio normativo: la distritalización, por ejemplo, era un tipo de conflicto recurrente en el Perú porque sabemos, donde hay recursos, donde hay un proyecto extractivo, donde hay recursos, tienen las rentas.

Luego, existen los incentivos para que determinadas localidades busquen participar de esas rentas; y, por lo tanto, las demandas de distritalización; el tema de cabecera de cuencas, en fin, estos, bueno, algunos elementos, no voy a detenerme en todos, pero algunos elementos que creo que son importantes resaltar en los nuevos factores o, en todo caso, que es, por ejemplo, uno es el entrelazamiento de dinámicas que son formales, informales y las ilegales. La presencia, por ejemplo, de actividad minera artesanal informal, digamos, en entornos o en concesiones de proyectos, de concesiones formales, etc., eso es una dinámica que está incrementándose. Esta presencia de asesores que son, como decía, estos *brokers* o *free riders* políticos también es un factor recurrente.

La fragmentación y la polarización que se ha dado, incluso a partir de la de las elecciones. La fragmentación que eso ha significado también son factores importantes a considerar.

Y han aparecido nuevas demandas que tienen que ver con nuevos actores, como esta federación, por ejemplo, de comunidades mineras; el pedido del canon comunal, incluso, el pedido de participar en el accionariado de las empresas, de los proyectos, ya no solamente participar de los beneficios como proveedores locales o del empleo.

Pero, otro factor importante que quizás, retomando el hilo de lo que planteaban Juan Pablo, Patricia y Luis es, yo diría que hay un acelerado proceso de desinstitucionalización de la gestión de los conflictos sociales.

Es decir, cuando nos tocó participar en la Secretaría, pudimos buscar acelerar una serie de procesos, por ejemplo, el nuevo, el cambio del ROF (Reglamento de Organización y Funciones) de la PCM, para generar una subsecretaría específica que se encargara del seguimiento y gestión de los compromisos.

Hay un sistema en el Promsace, una plataforma tecnológica que se está desarrollando y que debería salir, no pasar a fin de año, para que el acceso a la información pública sea posible, incluso, este protocolo intervención del poder para la gestión de conflictos de todas las instancias del Estado, tanto del Ejecutivo con las regiones, incluso, tomando en cuenta las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo, la participación significativa de las mujeres en los procesos porque creo que parte del cumplimiento también de los compromisos tiene que ver con una mayor participación significativa de las mujeres en estos procesos, no solamente, digamos, los liderazgos tradicionales o masculinos que se dan en estos procesos.

Y también hay un protocolo, en julio, de monitoreo de seguimiento de los compromisos que va monitoreando y siguiendo los compromisos en estos procesos; una data significativa creo que es importante recalcar.

Hay, en estos 10 años, 5857 compromisos son los que ha registrado la Secretaría de Gestión Social y Diálogo, de los cuales aún quedan abiertos el 45 %; 26 % de esos de esos compromisos son proyectos de inversión pública y la mayoría de ellos están concentrados en el Corredor Vial Sur; 74 % son de actividad, que tiene que ver con lo que la Defensoría llama «compromisos procedimentales», en gran medida, o lo que también llaman «compromisos parciales». Es decir, son actividades que llevan a, deberían llevar, en todo caso, a niveles de compromiso sobre proyectos de inversión o soluciones de fondo del conflicto.

Aquí está la data también, por ejemplo, de los conflictos, según compromisos abiertos y cerrados, como ven la cantidad de compromisos En el Corredor Vial Sur, que permanecen abiertos. Es notorio el contraste respecto de las otras unidades territoriales y esto en relación con función de actividad.

También, si ven el Corredor Vial Sur, la mayoría de los compromisos que están abiertos son compromisos que tienen que ver con proyectos de inversión.

Bueno, y quiénes son los que no han cerrado aún los compromisos. El gobierno nacional es responsable del 60 % de estos compromisos. Las empresas son responsables del 15 % cerca al 16 %; y, si ven aquí el contraste también es bastante fuerte, en términos del número compromisos abiertos y cerrados, el gobierno nacional, respecto de otros actores del gobierno.

Y, dentro del gobierno nacional, tenemos al Minagri, que ahora está también en el centro de la discusión pública y el Ministerio de Vivienda y Construcción y Saneamiento. Evidentemente, el tema de caminos, el tema saneamiento es una demanda muy fuerte en todo el país, y hay compromisos de

alto presupuesto, y la PCM, en la medida de que sus roles, es de articular a nivel intersectorial, intergubernamental, tiene muchos compromisos en términos de actividades.

Ese también es un desafío porque sabemos que la PCM no es un supera ministerio, sino es un ministerio de coordinación y no tiene poder coercitivo, si bien tiene mayor peso político, pero no tiene un poder coercitivo, administrativo sobre los sectores.

Entonces, dicho eso, ¿cuál es la propuesta, en todo caso?

Primero, yo creo que hay que cambiar el enfoque. Pasar de tener un enfoque, como dice Ledrach, en el epicentro del conflicto a ser gestionado que, generalmente, en realidad, son negociaciones de crisis, mas, ni siquiera facilitación de procesos de conflictos en escalamiento temprano o preventivos. Estamos hablando de que la mayoría de los casos son conflictos que llegan a situaciones de crisis y que, por tanto, requieren una gestión para canalizarlos hacia una situación de mayor manejo. Pero cambiar el enfoque decía, de una situación de situacional a una mirada más sistémica de los problemas.

Entender que no puede ser abordado de manera aislada por los sectores, ni solamente el Estado, sino que tienen que entrar, es una mirada multiactor, una gestión territorial, tiene que ser integral y pensando en términos de gobernanza, más allá del título del viceministerio, pensar los actores, no solamente la PCM, sino los sectores privados y la sociedad civil, pensando en términos de gobernanza, y eso requiere una cultura de diálogo multiactor.

Y pasar de una mirada resolutive, nosotros, bueno, siempre trabajamos en ProDiálogo, proponemos el enfoque transformativo más que resolutivo. No se trata solamente de preocuparse en el acta, en llevar un proceso de diálogo y preocuparse a la firma del acta y tomarse luego la foto con el acta, sino entender. Es importante, definitivamente, llegar a acuerdos sobre determinadas situaciones para mover el proceso, pero tener una perspectiva de que los procesos requieren niveles de cambio. Cambios a nivel de los actores, cambios a niveles de las relaciones, de los patrones de interacción, y tiene que generar cambios institucionales.

Acá muestro dos fotos, simplemente, para compartir experiencias concretas de mediación socioambiental. Estas dos son respecto del ETI (Estudio Técnico Independiente), respecto del Lote 8 y el Lote 1AB del 192. Con Naciones Unidas, del Minem, de Cuatro Cuencas. En las de abajo, de las once federaciones llamadas Cinco Cuencas.

Y esto es un proceso que deriva de un acuerdo de la famosa Acta de Lima del 2015, donde los actores, bueno, el Estado, digamos, y, sobre todo, las federaciones indígenas frente a la desconfianza del gobierno sobre los impactos de los cincuenta años de la actividad petrolera en la Amazonía, solicitaron una gestión independiente a Naciones Unidas quienes constituyeron un equipo de especialistas en el tema de petróleo; antropólogos, en fin, variados biólogos, biólogas, y una facilitación de ese proceso con una perspectiva de diálogo.

Bueno, estos son acuerdos que se llegaron; uno en el 2018 y otro en el dos mil, bueno, recientemente, en el 2021.

Y eso es independientemente de los procesos que hay sobre cierre de brechas o el tema de la consulta, el caso 192; es decir, hay una complejidad de procesos que, además, se afecta mutuamente; y, entonces, creo que mirar las cosas aisladamente en función de acta por acta, no creo que sea sostenible, es importante ver en términos de institucionalidad y en términos de gestión, digamos, más multiactor.

Y con esto me voy a quedar porque creo que es el corazón de la propuesta. O sea, no se puede entender la gestión, la mediación de los conflictos socioambientales, sociales, en general, si no se entiende que está mutuamente afectados en diversas dimensiones que se influyen mutuamente.

Primero es que hay una gestión política. Si una gestión política, digamos, que dé estructura, que dé coordenadas adecuadas para el trabajo es imposible sostener estos procesos.

En el trabajo que nos tocó hacer, la Secretaría tuvo un apoyo directo en aquel momento de la premier y el Presidente de la República para hacer un trabajo profesional. De hecho, quienes estuvimos a cargo de la secretaría, entiendo que, por primera vez, éramos grupo de mediadores profesionales, además de tener, de haber un equipo extraordinario de profesionales con una trayectoria de trabajo en cada una de las unidades territoriales, pero ese buen trabajo que podían hacer a nivel territorial, digamos, si no tiene un soporte en términos de apoyo institucional y político, difícilmente funcionaría.

Luego viene la gestión pública desde la que han enfatizado mis cualidades de la mesa, que es importante tanto a nivel intergubernamental como intersectorial. Y ahí, lamentablemente, estos protocolos, estos lineamientos que se dejaron no han tenido el apoyo o han seguido en un proceso de institucionalización, sino, más bien, se ha revertido, a pesar del esfuerzo notable que muchos funcionarios y funcionarias públicas pueden estar realizando.

Y luego viene la gestión social porque la gestión social tiene que ver más con creación de condiciones de confianza; o sea, tejer un capital social para el diálogo y la paz en estos escenarios que son complejos.

Ahora, se habla de estos escenarios VICA, que son «volubles» o «volátiles», «incierto», «complejos» y «ambiguos»; o sea, esa es la realidad del mundo de hoy, y no va a ir en otra dirección.

Cada vez en el mundo estamos más interdependientes, la tecnología, en fin, va a hacer que estas complejidades y estas ambigüedades, estas incertidumbres, van a acelerarse, no van a menguar. Entonces, esa gestión social es fundamental porque la gestión ya del conflicto en la etapa temprana o la gestión de la crisis ya requiere de energía, de poner a prueba todo ese tejido institucional y ese capital social. Y también la gestión de la seguridad.

Tuvimos la oportunidad de coordinar durante esta experiencia que les contaba, todos los lunes nos reuníamos con todos los de las oficinas de gestión social y diálogo, de todas las entidades del Poder Ejecutivo; los viernes con todos los gobiernos regionales y los miércoles se presentaba religiosamente en Consejo de Ministros los resultados del monitoreo de conflictos, y además del monitoreo de los compromisos y cuáles eran los compromisos críticos a ser atendidos. Teníamos también semanalmente y casi en un momento diariamente con los colegas del Ministerio del Interior, por ejemplo, para que cualquier atención de conflictos en situación de crisis, sea dentro del marco del respeto de los derechos humanos y el uso racional de las fuerzas.

Entonces, eso es crítico. O sea, si estas dimensiones no están debidamente coordinadas y articuladas y direccionadas desde una perspectiva de gestión que, digamos, de más alto nivel, difícilmente vamos a operacionalizar estas medidas, estas propuestas que muy interesantemente plantean los colegas.

Desde el punto de vista, y con eso acabo, del sector privado, es incorporar también estos enfoques que creo que ya en las empresas que tienen las mejores prácticas, tuvimos oportunidad de hacer un estudio con el Banco Interamericano de Desarrollo sobre buenas prácticas y hay experiencias interesantes en el país, por ejemplo, ahora está empezando en Moquegua, retomando experiencias como el Rimay, retomando experiencias como la mesa de Moquegua, en su momento, experiencias de diálogo multiactor como una comunidad de aprendizaje con múltiples actores mineros, de sociedad civil, etc.

Entonces hay experiencias y creo que, por ejemplo, el Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos, que tiene unos pocos meses o un año creo que va a cumplir, si no me equivoco, es una oportunidad también para que las empresas incorporen herramientas de vida de vigencia en sus procesos y preocuparse por trabajar en la integración de una visión de gestión social en todos los

procesos de la propia empresa, porque ya no es, digamos, no se puede esperar poder controlar los factores externos del escenario social, sino es cómo la empresa se adecúa para responder a ese entorno procurándose un factor contributivo de la gobernanza territorial.

Bueno, ahí lo dejo, y esperando haber aportado ideas interesantes.

Gracias.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Gracias, Javier.

Teníamos ahí un planteamiento que va hacia una mirada más amplia del tema, como él decía, sistémica, donde habla de la transformación de conflictos con el camino que Lederach lo planteaba ya desde el 2009, procurando esta transformación al plano personal, estructural, cultural, etc., donde creo que lo que nos propone, detrás de él subyace la mediación como el camino, que era el tema que queríamos tratar, en particular; y, sobre todo, cómo esto, cómo esta propuesta que ha vivido y experimentado en la PCM, puede ser un camino para que, finalmente, no solo sea de monitoreo del cumplimiento de los compromisos, sino la forma en que los compromisos se adoptan, sean realmente cumplidos por las partes.

Tenemos siete minutos para una vuelta alrededor nuestro.

Habíamos comenzado por Juan Pablo que nos decía el planteamiento del DAB como seguimiento a los procesos de diálogo, de negociación, y él esperaba también una opinión formada por nosotros a su propuesta puntual y específica, que pudiera estar en este camino de solución.

He ingresado a ver las preguntas y respuestas para ver si podíamos, de alguna manera, encaminar. Son demasiado puntuales, diría yo.

En un caso, Lisbeth Baca Huilca nos dice que, lamentablemente, mi gobierno regional remite consultas al ministerio para resolver conflictos y no tenemos respuesta. Es decir, hay este grado de descoordinación que existe en el país, que parece que son pequeños países: el gobierno central, el gobierno local y el gobierno regional, que genera, no sé si alguien quiere comentar sobre el particular.

Y Alfredo Ruibal que nos dice que la mayoría de los conflictos es por el uso de territorio para obras de infraestructura para el desarrollo nacional. Pero, los concesionarios que no tienen título de propiedad, tema muy fuerte en nuestro país, quieren una compensación económica que excede las tasaciones de Conata.

Son dos temas vinculados a problemas puntuales que pudieran ser, de alguna manera, atendidos por ustedes.

Yo intentaría insistir en el tema central de cómo podemos desarrollar desde el Estado, desde las instituciones privadas, de las instituciones de las comunidades en el grado, en el cumplimiento de los acuerdos, cómo se deben adoptar estos acuerdos, qué debemos hacer para que, realmente, finalmente, cumplan con este camino.

No ha señalado, en nuestro repertorio, Luis Alvarado nos ha señalado recomendaciones de función, inclusive, un decreto supremo, una norma; y, sin embargo, nos decía Patricia o no sé si era Juan Pablo: las normas no son suficientes, ¿verdad? No es el camino porque después, finalmente, se incumple con facilidad.

Entonces, quisiera retomar el tema central planteado por esta mesa que nos conduce a esta situación que planteaba al inicio; es decir, los acuerdos no son vinculantes. Cómo puedo yo, comunero, exigirle al gobierno que cumpla; de su buena voluntad. Cómo puedo yo, comunero, exigir al empresario que cumpla, si los acuerdos son actas de buena voluntad, y la voluntad de las partes hace que se

cumplan. No existe ningún grado de norma, regulación, procedimiento. No es lo mismo que un laudo, no es lo mismo que un acta de conciliación, no es lo mismo que una sentencia del Poder Judicial.

¿Son suficientes, lo que señalaba nuestro amigo, Luis Alvarado, en su presentación, estas tareas que el gobierno tiene por ser gobierno para que los acuerdos se cumplan?

¿Quién podría, por favor, complementar sus presentaciones a esta interrogante que, personalmente, me queda todavía en el tintero?

Juan Pablo Schaffer: Yo, César, te quisiera, bueno, primero agradecer. Hay harta data, digamos, que permite entender un poco el dónde estamos y los desafíos que tenemos.

Yo quiero ir un poquito más atrás, es decir, yo no creo que en los conflictos socioambientales hay otro mejor mecanismo que la facilitación, mediación, conciliación que la justicia ordinaria. Es decir, yo he llegado a la convicción a través de las experiencias, no solamente en nuestros países, también en Australia, que ha desarrollado mucho, digamos, la mediación socioambiental, de que no hay otro mecanismo mejor porque, obviamente, el hecho de ir a la justicia ordinaria significa tres instancias, cinco años y eso, obviamente, y la justicia es tardía; y, finalmente, nadie gana.

Entonces, la pregunta es, entendiendo las falencias del sistema, tenemos que fortalecerlo, digamos, para que, efectivamente ocurra, y que se siga legitimando. De ahí, yo creo el esfuerzo y lo dijo Javier, lo dijo Luis, lo dijo Patricia también, de que los esfuerzos son de todos los actores. Primero, del Estado. No cabe duda, el Estado, efectivamente, debe tener mejores sistemas de seguimiento, entendiendo que desde ahí está en riesgo la legitimidad de los acuerdos; y, finalmente, la implementación, y que volvamos a un conflicto que puede ser mucho más violento y mucho más duro de lo que había originalmente.

Es decir, el Estado está consciente, digamos, de la necesidad del cumplimiento, porque, de lo contrario, podemos terminar peor de lo que estábamos al origen.

Yo creo que la empresa, y ahí también lo decía Javier, han tenido aprendizaje a través de la fuerza, ya sea por experiencias negativas, por crisis o por convicción, pero creo que están avanzando. Y ahí todo lo que dijo Javier de derechos humanos y empresa, todos los principios rectores y las debidas diligencias que están implementando, creo que falta muchísimo, pero yo creo que hay un compromiso que también las empresas deben tener con cumplir sus compromisos.

Las comunidades; también tenemos que fortalecer a las comunidades. Debemos tener buenos líderes sociales. Ese dividir para gobernar creo que no funciona en la lógica actual. Tenemos que fortalecer esos líderes sociales para que, realmente, sean capaces de exigir el cumplimiento y exigirle al Estado, exigir a las empresas, exigir a los gobiernos locales.

Entonces, creo que acá el rol es de todos. No hay un solo actor el que tenga que..., y que fracasemos es un fracaso de sociedad. Entonces, creo que aquí nos tenemos que comprometer todos; un poco lo que decía Luis con todo el análisis que de la recomendación es lo mismo que dijo Javier y Patricia con esta tarea.

No quiero extenderme más, pero creo que el compromiso es de todos y a cada uno nos toca algo que aportar en eso.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Muchas gracias, Juan Pablo. Has dado como el cierre a esta mesa con tu excelente participación; sin embargo, si hay algún otro comentario adicional de Luis, Patricia, Javier, por favor. Creo que nos quedan ya los últimos minutos de este tiempo, lamentablemente.

Patricia Balbuena Palacios: Si me permiten. Creo que es bien interesante, además, la mesa cómo se ha desarrollado porque hemos pasado por diferentes análisis, más macros; o sea, digamos, y cada uno desde la experiencia que pueda acompañar.

Creo que como hemos reconocido los que estamos y digamos en la mesa, y tomo lo que Javier señalaba, estamos también pasando, no solamente por el entorno, sino porque hay un debilitamiento, en general, de las instituciones, y mucho más de las instituciones públicas en el rol que les toca cumplir. Entonces, frente a esos vacíos, ese debilitamiento que permite, obviamente, se van degenerando; los vacíos se van haciendo más grandes o las capacidades se van, digamos, haciendo más precarias. Entonces, cómo, si estamos todos, creo compartimos lo que Juan Pablo también nos ha señalado y tú César, en realidad, todos creemos que el camino tiene que seguir siendo el camino de la mediación; la facilitación de los procesos de diálogo; ese es el camino.

Pero, el tema es, bueno, si todos somos responsables, cómo es que construimos un pilar lo suficientemente fuerte en términos de quién lidera ese proceso, sostener esos procesos de mediación, garantizando y recuperando frente a esta crisis del prestigio también cada vez más acelerado de esta, ya de la fragilidad en las instituciones, y que ahora cada vez están mucho más vulnerables también.

Entonces, quién, cómo hacemos para construir eso. Creo que ahí hay un tema, y creo que ya ha habido cosas que tal vez haya que retomar. Por ejemplo, creo que con la comisión que se creó por PCM en el 2020, me parece, de la comisión para el tema de una minería sostenible. Hubo varias propuestas muy interesantes. Una de ellas, por ejemplo, era cómo los acuerdos entre empresas y comunidades adquirirían el carácter para ser vinculante, justamente, adquirirían el carácter de acuerdo de equivaler a los acuerdos como consultas previas. Entonces, eso le generaría el carácter vinculante que la consulta les podría dar a estos acuerdos. y estos son los acuerdos que tendrían que pasar. Ya tendrían otro otro tipo de naturaleza, pero, digamos, respaldados por la norma. Entonces, me parecía una propuesta superinteresante.

Hay oportunidades también que creo que nos están pasando desapercibidas, o, por ejemplo, el Ministerio de Energía y Minas estaba tratando, está tratando, digamos, no sé con cuánta fuerza, y, nuevamente, de discutir la política nacional minera al 2030.

Entonces, también es una buena oportunidad para abrir un espacio dentro de esa política nacional. Y también se está haciendo en estos momentos un proceso de diálogo sobre la política nacional de pueblos indígenas.

Entonces, tienes dos políticas que están pasando como por bajo el radar, y que creo que tal vez son buenas oportunidades para mirarlas, retomando todas estas iniciativas que, en algún momento, se han planteado y que podrían ser interesantes.

Y, finalmente, cierro. Yo agregaría al tema de la mediación, creo que hay un tema que creo que Javier lo señalaba, y creo que, además, yo lo he citado a Javier en un par de textos también. Entonces, que tiene que ver con esta dimensión cultural o una dimensión intercultural también. Si hay un 41 % de pueblos indígenas participando en los acuerdos, porque, digamos, entonces significa que también tenemos que mirar el tema de la dimensión cultural de los territorios y las poblaciones para que este diálogo también tenga ese peso; y, tal vez, también ahí mirar, digamos, eso podría generar creo que unas nuevas formas u otros elementos para contribuir en esto que estamos buscando.

Eso, muchas gracias.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: No sé si Luis o Javier algo final.

Javier Caravedo Chocano: Algo muy puntual que es, hablando de la comisión o el desarrollo minero y el Rimay, la experiencia Rimay, el Rimay, digamos, la experiencia nacional se ha llevado a nivel regional solamente en Moquegua. Moquegua tiene un...

Patricia Balbuena Palacios: Cajamarca, creo que han retomado.

Javier Caravedo Chocano: Uno en Cajamarca. Cajamarca está empezando, está en una etapa de impulso, pero, claro, otra vez la incertidumbre del acuerdo de las elecciones para autoridades locales y regionales también hay que ver cómo continúa, pero ese tipo de experiencias creo que profundizarlas porque tienen abono en la gobernanza.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Gracias, Javier. Luis, una palabra final.

Luis Alvarado Zavala: Sí, bueno, efectivamente, creo que es un asunto que da para mucho más. Lamentablemente, el tiempo es corto. Sí quería volver a señalar que, de todas maneras, esta preocupación que señala César de, si se cumple o no las actas, tiene que estar garantizada con una norma.

Lamentablemente, vivimos dentro del mundo jurídico y en la Administración Pública, lamentablemente todos se basan en normas. Entonces, si no le damos o formalizamos el curso del acta, una vez que está firmada y que ya, en realidad, no depende de la voluntad de los que han mediado necesariamente, no vamos a ver un cambio. A partir de allí, se puede generar más cambios y ya hay prácticas. Incluso, para proyectos de inversión han salido en el 2015 o 2014, normas que declaraban o que habilitaban el presupuesto o que declaraban voluntariamente los ministerios que se iban a ejecutar esos proyectos.

En el caso de las empresas, hay acuerdos que, al final, se formalizan en un acta de transacción extrajudicial o en convenios marco o convenios de cooperación interinstitucional con municipalidades que se firman todos los años, y las comunidades conocen bien ese asunto.

Entonces, digamos que no estamos en cero, pero creo que el desafío va, sobre todo, del lado del Estado, que es el principal incumplidor por todas las dinámicas que ya Javier muy bien ha reseñado; Patricia y Juan Pablo también ha comprendido al explicar.

Entonces, lo dejo ahí y muchas gracias.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Muchísimas gracias a Luis, a Javier, a Juan Pablo, a Patricia; a Marlene por habernos convocado.

Yo le haría un pedido formal, Marlene, este tema merece un congreso, realmente. Nos hemos quedado con muchos temas en el tintero. Miren todas las experiencias nuevas que se presentan y hay mucho por delante.

Yo solamente concluiría diciendo: la mediación sigue siendo el mecanismo. Es necesario fortalecer a los actores y es necesario continuar con estas nuevas experiencias, y es necesario un congreso sobre prevención y gestión de conflictos sociales.

Muchísimas gracias por darnos esta oportunidad al centro y a cada uno de ustedes por sus importantes aportes.

MESA N.º 4: LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

*Karina Ulloa Zegarra*¹ (moderadora)

*Reiner Solís Villanueva*²

*Abmed Manyari Zea*³

*Carlos López Avilés*⁴

¹ Abogada, administradora de JRD y secretaria arbitral líder en el CARC-PUCP.

² Adjudicador y director de ANETRIC S. A. C.

³ Abogado consultor de JRD, árbitro y docente.

⁴ Ingeniero civil adjudicador de DAB y JRD.

Karina Ulloa Zegarra: Buenas noches con todos. Muchas gracias por la oportunidad de moderar esta mesa que me parece va a ser muy interesante, tratando un tema que, por primera vez en los congresos de arbitraje del centro se trata, que es la junta de resolución de disputas en las asociaciones público-privadas; y, además, gracias al centro por la oportunidad, no solo de fomentar esos espacios de conversación académica, sino también de saber conocer experiencias de profesionales tan destacados en estas materias.

Bueno, esta mesa, como acabo de mencionar, trata un tema nuevo para nosotros como centro, por lo menos, como institución, en tanto que no se ha tratado antes en un congreso; y yo, antes de darle la palabra a los ponentes, para que nos cuenten sus experiencias y puedan absolver algunas consultas o preguntas que se han planteado para esta mesa, quisiera dar una breve introducción mencionando que es importante recordar que la brecha de infraestructura, en nuestro país aún existe, y viene siendo afrontada, entre otros, mediante la participación de inversiones privadas en el desarrollo de proyectos de infraestructura; de servicios públicos.

Y esto es, precisamente, a través de asociaciones público-privadas o APP. Es importante, quería compartir con ustedes un dato del índice global de competitividad publicado por el Foro Económico Mundial, que indicaba que un factor importante para medir la competitividad de un país se basa en la eficiencia y predictibilidad de sus instituciones y de su marco legal.

Este índice global de competitividad colocaba, en el año 2017, a nuestro país, a Perú, en un puesto 129 de 138 países en el rubro de marco legal eficiente para solución de disputas.

Esto, de hecho, es un tema interesante, pues nos muestra que la percepción internacional que se tenía del Perú, en ese momento, mostraba que la resolución de disputas o de controversias era un componente débil en nuestro marco regulatorio.

Frente a esto, entonces, es importante preguntarnos qué ha hecho o que ha venido haciendo el Estado para, precisamente, lograr superar este tema es ahí precisamente donde vemos que, respecto de la solución de controversias, se ha incorporado cambios en la legislación de asociaciones público-privadas, por ejemplo, con el ánimo de asegurar que las discrepancias se resuelvan de una manera mucho más eficiente y ágil. Es así que uno de los mecanismos incorporados ha sido, precisamente, la junta de resolución de disputas o *dispute boards*.

Entonces, esta introducción permite notar que, a nivel legislativo, la junta de resolución de disputas, entonces, es un mecanismo que puede ser utilizado para resolver controversias en APP.

Sin embargo, nuestra experiencia, hasta el momento, en mayor número, nuestra experiencia conocida es que este mecanismo de junta de resolución de disputas se viene utilizando con mayor frecuencia por la obligatoriedad de la norma en contratación con el Estado.

Solamente en nuestra institución en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, hasta la fecha, hemos tenido 46 procedimientos de junta de resolución de disputas.

Dicho esto, entonces, vemos que es importante tener el espacio donde, precisamente, tratemos de ver de qué manera se puede aplicar la junta de resolución de disputas en APP de forma práctica, y también, si es el caso, proponer, tal vez, o que surja en este espacio alguna propuesta de mejora legislativa.

Para esto, entonces, la primera pregunta que quisiera formular a los panelistas, a los ponentes, en este caso, al doctor Ahmed Manyari, es que nos comente qué oportunidades de mejora tiene la regulación de junta de resolución de disputas en las normas de APP.

Ahmed Manyari Zea: Agradezco, en primer lugar, al Centro, a Marlene, a Silvia y, la verdad, que es un gusto estar acá con Reiner, con Carlos.

Voy a compartir mi pantalla porque me parece que hay varios elementos importantes en lo que estamos conversando, y uno de los elementos que para mí cobra relevancia es, antes de, digamos, entrar a identificar qué elementos de mejora, me parecen importantes tres temas que son de relevancia, cuando uno piensa en la aplicación de JRD en APP. Y uno puede identificar desde distintos puntos de vista esta dinámica.

Lo que voy a decir, en primer lugar, es que estamos frente a una estructura distinta a un contrato de obra. Eso lo conocemos, pero, lo que sucede es que hay muchos elementos más.

Pero qué es lo primero que tenemos que ver cuando estamos pensando en este elemento, antes de ir a la norma, es tener un enfoque de estructuración del *dispute board* o de la JRD. La JRD es un tipo de *dispute board*.

Y aquí, algo que me parece importante resaltar es el cómo surge el *dispute board*. El *dispute board*, por su naturaleza, es dinámico y lo que busca es resolver situaciones concretas, y hay distintos tipos de *dispute boards*. La JRD, como la tenemos en el Perú, es una de las una de esas tantas experiencias que tiene su propia dinámica, su propia aplicación práctica, pero, en principio, no olvidemos que un *dispute board* surge desde las necesidades concretas. Y, a veces, sin las primeras experiencias, cuando uno lo va identificando en el tiempo surgen sin contrato. Las siguientes experiencias surgen, incluyendo algunos elementos sin contrato, sin ley; y esas experiencias fueron eficaces. Con el tiempo, definitivamente, se fue estructurando y llegamos a la estructura que tenemos hoy, pero estamos todavía en un punto intermedio o en un punto ni siquiera intermedio, sino estamos recién empezando a conocer hacia dónde va a ir la dinámica del *dispute board*; y, concretamente, de las JRD en el Perú.

Y creo que es importante recordar que hay varios niveles de participación o de intervención de los *dispute board*, como bien saben, un nivel que considero el más importante y que tiene que ver con el rol preventivo del *dispute board*. Hay otro nivel que tiene que ver con la posibilidad de que tenga, genere asistencia informal, en el caso de la JRD, a eso llamamos «función consultiva». Esa asistencia informal en las experiencias comparadas puede ser de manera oral, de manera escrita; es más, experiencias de asistencia informal que se pueden dar en una reunión ante el pedido de las partes, y es bastante flexible y existe un nivel que, en el caso de la JRD, llamamos «función decisor». Y, en este ámbito es, en realidad, en la experiencia comparada, en la que, teóricamente, menos se debe utilizar o menos se debe promover. Es una que, de algún modo, se puede parecer un poco más al arbitraje, aunque no es arbitraje.

Pero, mi impresión es que nos hemos enfocado mucho en esta dimensión, en la función decisor, cuando debemos tener en cuenta que la fuerza del *dispute board* está, en realidad, en la función preventiva. Y eso es algo que hay que recuperar, incluso, cuando estamos pensando en la JRD.

Marco este primer elemento que tiene que ver con la dinámica y la estructuración de un *dispute board*.

El segundo elemento está muy vinculado a lo anterior; tiene que ver con elementos de organización e institucionalidad. Cuando estoy hablando de institucionalidad, estoy hablando no solo de reglas explícitas, sino, sobre todo, de reglas implícitas, de cultura, de dinámica, de aprendizaje, de conocimiento, de estilos; y casi cada *dispute board* genera un tipo o cada JRD genera una práctica distinta respecto al proyecto que tiene enfrente.

Definitivamente, el cúmulo de experiencias van generando institucionalidad acompañado de las normas. Esto me parece muy importante porque tiene que ver también con la manera cómo en el Perú estamos estructurando las JRD. Estamos sí estableciendo elementos normativos para estructurar la JRD. Hay algunos que podrían pensar que no hace falta estructurar elementos normativos. Lo cierto

es que, en el Perú, estructurar a nivel normativo, no solo la posibilidad, sino la obligatoriedad de la aplicación de las JRD, ha permitido implementar ya experiencias exitosas de JRD. Y eso es beneficioso, pero hay que tener cuidado con evitar o conllevar al extremo de que la propia dinámica creadora de las necesidades de un *dispute board*, por tanto, de las JRD, sean limitadas por la norma.

Esa es la principal advertencia que, en mi impresión, debemos cuidar. Y aquí viene ya la parte, concretamente, más vinculada a las APP.

Lo primero que tenemos que identificar es que, cuando estamos pensando en una APP, el ciclo del proyecto de inversión pública es distinto a la de otros proyectos. Tiene distintos énfasis; y, básicamente, cuando estamos pensando en una experiencia concreta de APP y de la posibilidad de aplicar JRD, estamos pensando en la aplicación en estas dos fases: la fase de inversión y en la fase de post inversión. En la fase de inversión, se asume que existe un perfil, existe factibilidad y existe una declaración de viabilidad. Y, definitivamente, en la fase de inversión está toda la parte de desarrollo del diseño hasta lo que se conoce como el «expediente definitivo», y está también la ejecución de la obra.

Pero, no solo esa parte es importante para efectos de la APP, sino la otra fase importante tiene que ver con la fase de operación y mantenimiento. Cuando pensamos en JRD, debemos identificar respecto de qué parte, de qué fase, y de qué momento específico del ciclo de vida del proyecto estamos pensando para su aplicación, porque existen perfiles específicos según tipos de proyectos. Ese es el primer elemento: perfiles de miembros de JRD. Pero, no solo de miembros, no solo perfiles de miembros de JRD, sino dinámicas que se generan.

Esto lleva a otra consideración. Cuando estamos en una JRD de un contrato de obra, existen dos actores principales: contratista, contratante y supervisión también es un actor importante que debe considerarse que, de hecho, en las experiencias que creo que todos tenemos de JRD, los incluimos.

En la experiencia de APP existen muchos más actores. Existe aquel que financia, está el concedente, está el concesionario, están los contratistas específicos. Se puede tener un contratista desarrollador que structure, se puede ver un contratista específico vinculado específicamente a diseño, se puede tener un contratista para la fase de ejecución, y no solo un contratista para la fase de ejecución. En las experiencias que tenemos, a veces, varios contratistas que ejecutan, sobre todo, si es que hay alguien que se ocupa más, por ejemplo, de la parte civil, de la parte electromecánica o de la integración del sistema o de la aplicación de tecnología.

Podemos tener en un solo proyecto distintos tipos de perfiles, distintos tipos de contratos, interacción de distintas dinámicas, todas las cuales tienen distintos niveles de controversias; y, ni siquiera hemos pasado de la fase de operación y mantenimiento que tiene su propia dinámica.

También lo que tenemos es, definitivamente, esto lleva al tipo de materias controvertidas. En la fase de inversión hay experiencias y esto lo he sacado de la primera versión del contrato estándar. En mi concepto no son los únicos tipos de controversias que podemos encontrar en una APP que puede ver una JRD, pero, por ejemplo, está la entrega de bienes, la aprobación de los estudios definitivos de ingeniería, interferencias, solicitudes de suspensión de las obligaciones, eventos sobrevenidos, equilibrio económico-financiero, entrega y recepción de obras, etc.

Pero, aquí una primera consideración. No solo existen distintas etapas que, además, duran varios años, varias décadas. No solo existen varios tipos de actores en distintos momentos. No solo existen diversos tipos de contratos; algunos más complejos que otros, sino existen distintos tipos de controversias según la relación, dentro del proyecto, la relación contractual.

Entonces, cuando estamos pensando en JRD, respecto de qué relación estamos pensando. Claro, normalmente, se piensa en la relación que existe entre concedente y concesionario, pero no es la única relación relevante para el éxito de un proyecto. A veces, puede ser muy o tan importante como la relación entre concedente y concesionario, pensar en términos de aplicación de JRD o *dispute*

board, a la relación que existe entre algunos de los contratistas. Y eso involucra, nos lleva a otra consideración importante: el perfil de la JRD, y es la parte más compleja respecto de las JRD en APP, porque es posible encontrar en una un perfil de JRD en Latinoamérica que tenga la experiencia suficiente en las habilidades que, normalmente, todos pensamos, discutimos que debe tener una JRD y que tenga un perfil bastante dúctil, vinculado al tipo de proyecto respecto de, por ejemplo, diseño, respecto de ejecución de obra.

Hasta ese punto, yo creo que sí, los hay; pero ¿podemos encontrar o podemos asumir que ese mismo perfil de JRD va a tener el conocimiento suficiente para hacer análisis de tipo económico financiero? Por ejemplo, para discutir elementos de, no solo de suspensión de las obligaciones, sino de ampliación de plazo. Evaluar económicamente teniendo en cuenta la estructura original del contrato de concesión, cuánto de plazo se debe dar a la concesión en la etapa de operación.

Lo mismo pensemos respecto de la estructuración del financiamiento. Muchos de los problemas que tenemos en el Perú y en Latinoamérica, están vinculados a las dinámicas que existen en los problemas vinculados a la estructuración del financiamiento.

Ese mismo miembro de JRD puede tener el conocimiento, la *expertise* suficiente para este acompañar en la etapa reflexiva, preventiva, decisora respecto de la estructuración de un financiamiento y los problemas que surgen, o ese mismo perfil va a tener la habilidad, el conocimiento, la experiencia en la etapa de operación de mantenimiento.

Da la impresión de que no. Por eso es que cuando la experiencia comparada también; y, en este caso, un poco recorro a *Manual de Dispute Board* de la DRBF, que establece algunas ideas respecto de cómo aplicar *dispute boards* en este tipo de experiencias. Y una idea muy interesante, hay varias ideas, y no existen tampoco muchas experiencias de este tipo, pero da la impresión de que, por ejemplo, una de las de las implicaciones prácticas es que la estructura de la JRD debe ser bastante flexible, según momentos, no solo eso; no solo podemos pensar en una JRD, podemos y hasta deberíamos pensar en varias JRD en un solo, en una sola concesión. Tal vez no solo eso. Podríamos pensar en dinámicas de JRD integradas. Una JRD dependiendo de cada contrato, y una JRD integradora. No solo eso, podríamos pensar JRD por perfiles y por momentos, y pensando en términos de los perfiles de la JRD, debemos pensar en perfiles de JRD que, además, va a ser complicado encontrar un solo perfil que tenga todo ese conjunto de habilidades, pensemos en las personas del medio local latinoamericano y hasta mundial, en cuanto a los conocimientos que tienen para tener un excelente perfil de *dispute board*, y vamos a encontrar difícilmente a alguien que tenga todo ese cúmulo de conocimiento; y, además, tenga las habilidades blandas que se necesitan para una JRD; y, además, tenga la disponibilidad para participar en una JRD y la dedicación que se necesita.

Entonces, son retos que llevan a la siguiente consideración. Solo voy a anotar dos elementos de identificación de algunos aspectos de la regulación actual en el Perú de la JRD.

En el caso de obra pública, definitivamente, perdón, el caso de la JRD se da, como decía, el privilegio, se resalta el ámbito vinculado a las decisiones vinculantes.

Eso también está en el caso de las concesiones. Hay algunos elementos que un reto de integración en la normativa tiene que ver con identificar los momentos. Por ejemplo, se incluye la palabra «trato directo». Mi impresión es que se confunde un aspecto de eso. Algo, más adelante, voy a explicar. Esa parte debe aclararse. ¿Sí?

El otro elemento tiene que ver con que, en el caso de la JRD en obra pública, se ha establecido que tiene que ser un administrado por un centro. Mi impresión es que es una decisión sabia. Conociendo experiencias de *dispute board*, bajo reglas, por ejemplo, ICC y que se regulan autónomamente, y otros en donde la JRD es administrada por un centro. Yo tengo la suerte de ser JRD, justamente, en el CARC-PUCP, y viendo la diferencia, existe un plus en la posibilidad de que un centro tenga el acompañamiento y administre la JRD. Pero, probablemente, respecto a una APP, hay que pensar si

es que, en algunos casos, es pertinente o no. Yo creo que, en principio, es pertinente, pero no olvidemos esta dinámica de retos que existen para aplicar JRD o un conjunto de JRD en APP.

Y, en ese sentido, sí me parece interesante que la ley, lo que haya establecido, es que delegue al contrato específico la posibilidad de estructurar su propio estilo de JRD. Eso me parece valioso.

Un elemento que me parece retador tiene que ver con esto. En el caso de JRD de obra pública, se ha establecido algo que es lo más potente que tiene un *dispute board*: promover que las partes logren prevenir y resolver ellas mismas, eficientemente, las controversias. En el caso de las JRD en concesiones, no está este elemento. Sí me parece importante incluirlo. Está el elemento de funciones de absolución de consultas y emisión de recomendaciones, pero eso es otra cosa; no es lo mismo que esta función de promover que las partes logren prevenir. Bajo esta función que no, necesariamente, se encuentra en todos los contratos, en todos los criterios, en todos los estilos de *dispute board*. En principio, todos los *dispute board* buscan promover, pero el estilo como ha sido redactado en la norma, desde mi punto de vista, permite que las facultades de la JRD, a veces, vayan más allá de las experiencias que algunos miembros de *dispute board* o algunos grupos de *dispute board* realizan para, en las experiencias concretas, en los proyectos específicos.

Y existe otro elemento que es potente en el Perú y es la innovación que tenemos en Perú, y adelante que esto, más adelante, en mi impresión, va a generar discusiones como lo tuvimos hace cuarenta años en arbitraje, respecto a la naturaleza del arbitraje, la función jurídica. Si tiene un elemento jurisdiccional, si tiene origen contractual porque, en principio, un *dispute board* tiene origen contractual, pero este elemento, el artículo 250.2 del reglamento, da una protección que no existe en la experiencia comparada en los *dispute board*; por lo cual, ninguna autoridad administrativa arbitrario judicial puede impedir el cumplimiento de decisiones que emite la JRD. Eso, y Carlos, Reiner, saben muy bien que, por ejemplo, cuando uno es *dispute board*, no tiene esa protección. Cuando es un DAB, por ejemplo, bajo reglas ICC, no tiene esa protección; cuando JRD uno sí tiene esa protección en el Perú.

En proyectos, a veces, similares, eso no existe en concesiones. Mi impresión es que, más allá de afinar algunos elementos de la regulación, esa protección debería incluirse porque tiene consecuencias prácticas importantes.

Y con esto concluyo, básicamente, recomendando, pensando que la regulación debe cuidar la fuerza creadora de los *dispute boards*, según perfil de cada proyecto.

He comentado algo de la complejidad de los proyectos, la multiplicidad de actores, la necesidad de diversidad en los perfiles.

El otro elemento tiene que ver con la posibilidad de estructurar distintos esquemas de JRD. Me parece importante enfatizar la función preventiva de la JRD en APP. Me parece que es algo que se puede añadir.

Aquí se ha filtrado algo. Hay que lograr la protección de las JRD, y por eso es que mencionaba que esta protección que existe, en el caso de obra pública para la JRD, es algo que se podría incluir en el caso de APP.

Y, finalmente, hay un elemento que me parece importante es que, en el caso de la JRD en APP, se tiene que distinguir con los momentos y con otro tipo de estrategias o instituciones de solución de controversias: amigable componedor, dinámica del trato directo, arbitraje. Hay necesidad, sí, importante de integración con esos otros momentos.

Bueno, muchas gracias y un gusto nuevamente estar con ustedes.

Karina Ulloa Zegarra: Muchas gracias, Ahmed. La verdad, muy interesante tu exposición. De hecho, sirve mucho esta introducción que nos comentaste para tener claro qué significa una APP, que no es igual a un contrato de obra bajo la Ley de Contrataciones con el Estado. Y, de hecho, si alguna idea quisiera destacar de lo que nos has comentado, es que, de hecho, es muy diferente ambos mecanismos, el contrato y la APP. El contrato, bajo la Ley de Contrataciones con el Estado y la APP es totalmente distinto; y, de hecho, las asociaciones público-privadas necesitan una dinámica diferente, totalmente distinta, visto de otra óptica. Coincido contigo en la complejidad que significaría tener juntas de resolución de disputas o *dispute boards* en APP, pensando en las diferentes fases, en los diferentes son requisitos de perfiles de adjudicadores que se requieren para cada fase y demás. Y, sobre todo, también a lo largo del tiempo, porque estos contratos de concesión, por ejemplo, duran muchos años.

Entonces, esto es una lógica muy diferente que, de hecho, vale la pena conversar sobre esto para, justamente, tener algunas ideas de qué podríamos hacer o no, para llegar a que, en la realidad o en la práctica, exista la junta de resolución de disputas, si fuera el caso y si fuera lo mejor para las APP.

De hecho, un tema muy importante que quisiera ahora comentar y seguramente en la experiencia tanto de Ahmed como el ingeniero Reiner, está siempre presente en el trámite de las juntas de resolución de disputas, es este elemento de cooperación, de colaboración entre las partes, porque, si bien es cierto, el mecanismo, pues, tiene un panel de profesionales adjudicadores que van a estar ahí para acompañar, para ayudarlos a prevenir, para resolver, finalmente, también controversias, pero necesitan, yo creo que necesita la junta, de todas maneras, la colaboración, la participación de las partes para que, precisamente, el mecanismo funcione adecuadamente.

Entonces, yo quisiera preguntarle al ingeniero Reiner Solís cómo cree que se puede lograr que las JRD y las APP se conviertan en estos verdaderos procesos colaborativos, que ambos puedan entre sí, y que la junta, pues, llegue a ser también por sí misma un proceso de colaboración entre todos.

Reiner Solís Villanueva: Buenas noches a todos los asistentes a mi distinguido panel. Gracias por la invitación al CARC-PUCP y por la distinguida labor en la difusión de este medio de resolución de conflictos, como las JRD y las DAB.

Tengo el honor de compartir esta mesa con distinguidos profesionales.

No quería empezar sin antes agradecer a todos los que hicieron posible que este medio de resolución de conflictos aparezca en el escenario peruano, y a todos los que remamos juntos, posteriormente, hasta la fecha, en pro de su difusión. Ya han logrado poner al Perú en un distinguido ejemplo en Latinoamérica.

En el caso de la JRD peruana, esta nació en la primera Directiva n.º 20-2016 y la facultativa. Estamos en la Directiva n.º 12-2019, y, a partir de 20 millones, toda JRD en obras públicas es obligatoria.

Y seamos claros, en el Perú, la JRD no nació por la necesidad o acuerdo de las partes en las obras privadas. No fue así. Nació por el principio de la atracción. Se normó y todos tienen la obligación de cumplirla. Y, sobre todo, es obligatoria en obras de 20 millones. Y, por lo tanto, la JRD peruana tiene muchos retos. Lo primero que hay que entender es que es un niño en información; tiene seis años. En el Perú estamos aprendiendo y haciendo camino en Latinoamérica.

Respecto a la JRD en las asociaciones público-privadas o PPP, como les dicen en el extranjero, el Manual de la DRBF del 2019, en su capítulo 10, algo ya lo había mencionado Ahmed, tiene lineamientos generales, pero, específicamente, hace un reconocimiento sobre el uso, relativamente, limitado de los *dispute boards* en APP hasta la fecha.

Los proyectos de APP involucran múltiples contratos. Esto plantea la pregunta de cuál de los principales contratos deben considerar la cláusula de *dispute board*. Cómo se debe elegir en el panel de *disputes board*. Con qué frecuencia deben visitar el sitio los miembros del panel de *disputes board*.

Los contratos de APP son contratos de largo plazo, máximo sesenta años, un promedio de mínimo diez años. Es lógico que no sean predictibles y pasen por ciertos reajustes que suceden en el camino. No es un contrato tradicional, no es el contrato de obras de la ley de contrataciones peruanas; tienen hasta algunas cosas contrapuestas.

Quiere decir que no se aplica en forma literal necesariamente. En los contratos a largo plazo se establecen reglas, se establecen criterios porque no sabemos qué va a ocurrir en veinte años: Por eso se dice que el contrato en APP es de naturaleza incompleta porque se establecen reglas.

En un contrato de APP se traslada al privado la responsabilidad de la gestión y resultados donde el concedente le exige al concesionario, generalmente, solo resultados, y no necesariamente procedimientos. Su naturaleza es amplia: operación y mantenimiento *versus* la inversión inicial de diseño y construcción. Se sientan muchos esfuerzos en la fase de diseño y construcción donde hay mucha inversión. Contratos de largo aliento, le dicen, donde el concesionario tiene que verificar al constructor que el diseño tenga la vida útil de largo aliento. Además, que el concesionario tenga una visión distinta de ver cómo se va a explotar en el futuro a la del constructor.

Una pregunta importante es si la JRD es aplicable a todas las fases del proyecto, incluida su operación, o está centrado únicamente para la fase de construcción.

Esta precisión es fundamental, ya que, de ser así, el perfil y competencias del adjudicador serían distintas, y esto se debe, y debemos tomar conciencia cuando las partes pretendan utilizar este método.

Considero que el uso de las JRD, bueno, se le dice «Junta resolución de resolución de disputas» porque eso viene del reglamento actual de APP, o vamos a llamarle DAB, o las DAB permanentes en las APP, ayudaría a la gestión eficaz de estos proyectos; y la resolución en puntos claves de fricción en toda la vida del proyecto.

La vida útil de los *dispute boards* podría extenderse más allá de la fase de diseño y construcción, como lo ha dicho Ahmed hace poco, y podría incluir la fase operativa.

Es cierto que no hay una receta única correcta o incorrecta. La clave es el compromiso entre el DAB y las partes del proyecto en todos los niveles de participación del proyecto.

Una pregunta que surge regularmente es el costo de un *dispute board* permanente durante la vida útil de un proyecto de APP y la percepción de que el gasto no estaría justificado. Poner una cifra a los beneficios y a los ahorros que se pueden lograr con la presencia del DAB permanente, siempre son un desafío.

Yo considero que, mientras la JRD en las APP sean facultativas, a menos que el concedente, concesionario, constructor, su contratista y los patrocinadores estén convencidos de los beneficios del *dispute board*, no pasarán a formar parte de las APP y su estructura de gestión.

Uno de los desafíos, hasta la fecha, con los *dispute boards*, ha sido convencer a los organismos públicos y financiadores, que los costos de un *dispute board* son mínimos, en comparación con las consecuencias o términos de tiempo y dinero de un arbitraje o un litigio.

Los escépticos están ansiosos por tener pruebas, digamos, de los beneficios. Sin embargo, se está avanzando en convencer a los organismos de contratación que los *dispute boards* no son parte del proceso de litigio, sino, de hecho, son una herramienta de acción preventiva para evitar las controversias.

En el caso de las APP, distribuir el costo de una DAB permanente entre la vida útil de todo el proyecto o una parte importante del mismo podría lograr que al incluirlo en el modelo financiero en el inicio del proyecto esto signifique que el impacto de la tarifa pagada por las partes sea casi imperceptible frente al monto de la inversión en una APP.

El uso de los *dispute board* permanentes en las APP, podría ser beneficioso para la operación efectiva y durabilidad de una APP. Se podría reconocer y tratar de responder entre las partes, problemas que se conviertan en disputas.

Una junta también sería capaz de tratar cuestiones que no pueden resolverse mediante la aplicación de disposiciones contractuales. Por ejemplo, la capacidad de una APP para adaptarse a cambios importantes en su entorno operativo. Una DAB podría ayudar a acordar cambios en la producción y el costo, reconociendo que surgen problemas muy diferentes en la etapa de construcción a los de la etapa operativa.

Uno de los mayores retos en Perú y quizás en Latinoamérica, es que las partes entiendan la importancia de la acción preventiva.

Es normal que recibas siempre la siguiente pregunta: si una JRD o DAB no tiene controversias, ¿se le tiene que pagar sin que haya hecho nada?

Esa pregunta encierra una contradicción dialéctica. Atender los desacuerdos y tratar de evitar que se conviertan en desavenencias o solicitudes de decisiones es su principal misión, y el tema de la emisión de decisiones o conclusiones debería ser solo residual.

Quisiera compartir una gráfica. Acá tenemos el esquema general de una asociación público-privada. Tenemos un concedente, que es una entidad pública que se enfrenta, que acuerda una concesión con un concesionario. El concesionario, como ven en la gráfica, es el SPV (*Special Purpose Vehicle*); es el centro del vehículo. Y, a su vez, el concesionario va a firmar un contrato de diseño y construcción con el contratista de diseño y construcción, y, en una fase posterior, firmará un contrato de operación y mantenimiento con un contratista de operación y mantenimiento. Y este contratista de diseño y construcción, a su vez, va a firmar contratos con un contratista 1, constructor 1, su contratista diseñador, su contratista proveedor, su contratista constructor.

Se están firmando varios contratos sin mencionar la relación del vehículo del concesionario, con los prestatarios que financian la deuda, con los patrocinadores de la financiación del capital, pero podemos ver que, si tendríamos que pactar DAB para este mecanismo, podría existir una DAB entre el concedente y el concesionario, en teoría también podría existir otra DAB entre el concesionario y el contratista de diseño y construcción. Podría también formarse una DAB única, toda vez que la relevancia, la decisión en una etapa va a tener relevancia en otra etapa, por eso a veces se hablan de macro DAB. Podría también formarse una DAB entre la relación contractual del contratista de diseño y construcción con el subcontratista consultor 1, y también otra relación con el contratista subconstructor 2. También podría existir una DAB, seguramente, con distintas características.

A veces, cuando vemos ejemplos en APP, esta DAB en operación y mantenimiento, es *ad hoc* con un solo miembro y aparece en el escenario, a veces, generalmente, durante los primeros cinco años.

Entonces, este escenario de aplicar las APP en los sistemas de... porque, generalmente, forma un sistema de APP, nos lleva a muchos retos. Muchos retos para las distintas cualidades que deben tener los miembros de los *dispute boards*. Retos donde involucra que los adjudicadores tengan la capacidad de identificar el problema, hacer las preguntas correctas, determinar el problema a través, yo le llamo «el poder del “no”», el no natural del contratante hacia el contratista o viceversa. Siempre es un punto de partida que desplaza hacia adelante los esfuerzos de todos para revertirlo y culminar el pro-

yecto tratando de asistir preventivamente los desacuerdos para lograr cambiar posiciones por intereses, pero siempre es apoyados en un punto de apoyo. Aquí me decía «dame un punto de apoyo y moveré el mundo». Y ese punto de apoyo en el caso de la actuación de los *dispute boards* es la «confianza», entendiendo siempre que la confianza es una carretera de doble vía.

Se dice que el arte del arbitraje es el arte de la prueba. Es posible, y yo lo digo, que el arte los *dispute boards* es lograr entre las partes un lazo de retroalimentación positiva de colaboración, y de acuerdo ese grado de colaboración, poder distinguir y lograr identificar el problema. El verdadero problema, no el problema aparente, y lograr que las partes, y esto es fácil decirlo, pero lograr que las partes entiendan profundamente que los desacuerdos son desafíos del proyecto, que no aparezcan los falsos profetas de la colaboración que hablan de colaboración, pero no pueden renunciar o no pueden cambiar posiciones por intereses. ¿Esto para qué? Para lograr los acuerdos que es lo fundamental, a través del conocimiento y la experiencia para afrontarlos.

Quería terminar la exposición haciendo un... mencionando un decálogo que escribimos con otro adjudicador, Bayona; y este decálogo menciona que, dentro de este mecanismo, los que participan deben tener pasión por el mecanismo. La alimentación de este decálogo es la independencia, imparcialidad, integridad, promovido por las fuertes habilidades profesionales y personales, orientadas a la prevención del conflicto, como dice el punto 3.

Esto, para que se logre desincentivar el conflicto, invitando a deponer acciones que impliquen cargas y costos que puedan evitarse, y siempre tener en la mente privilegiar el desarrollo del proyecto, actuando en función, como dice el punto 6, en base a las necesidades de la obra y con la flexibilidad para ser proactivo y tener capacidad de resolución. A veces, no involucra saber mucho, sino hablar mucho, sino tener la experiencia para afrontarlos. A veces, la experiencia es tan importante como el conocimiento, y solo así este mecanismo podrá ser un engranaje dentro del sistema de desarrollo del proyecto con una actuación preventiva donde la actuación decisoria de emitir conclusiones solo sea residual.

En ese camino estamos, donde el saber escuchar y practicar la empatía técnica es un insumo más, el aceite en este mecanismo.

Muchas gracias, y eso es todo.

Karina Ulloa Zegarra: Interesantes sus conclusiones a través de este decálogo que comparte con nosotros y que, de hecho, creo que condensa muy bien muchos de los principios, de lo de los temas que tienen que estar en una junta, definitivamente.

Bueno, yo, la verdad, primero quisiera comentar con todos que, a continuación, debiéramos dar la palabra al ingeniero Carlos López; sin embargo, él ha tenido un imprevisto y ha tenido que salir de la sala. Estamos contactándonos para ver si es que puede volver. Ojalá sea así; pero, antes o esperando a que él regrese en unos minutos, yo quería consultar a los panelistas, al ingeniero Reiner y Ahmed, sobre esta función preventiva que los dos han coincidido que es importante, que es necesaria, que ahora, de hecho, en su experiencia, seguramente, en el trámite de juntas de resolución de disputas ven como algo muy valioso, probablemente, lo más valioso que tengan estas juntas, pero yo quisiera saber en los hechos, en la práctica, en su experiencia, cómo es que esto se materializa.

Además, obviamente, de lo que conocemos a través de la directiva, como son las visitas periódicas y demás reuniones que tiene que haber, ¿qué tanto creen ustedes que esta función está, de repente, internalizada en el contratista, en la entidad; ¿funciona como tal? ¿Ustedes creen que funciona o es que, tal vez, como nos comentaba el ingeniero Reiner, las partes prefieren que haya controversias? Y, si no hay, sienten que la junta está como un poco de adorno, por así decirlo, entonces, ¿qué podrían comentarnos sobre el tema?

Ahmed Manyari Zea: Sí, yo parto, bueno, para empezar, además, con las coincidencias que hemos tenido con Reiner, la verdad, que habrán notado que estamos en sintonía en relación al contenido y a muchos de los elementos.

Creo que tomo un elemento. Para empezar, nuestra experiencia en el Perú es una experiencia en formación. Somos la JRD; es un bebé en pañales, y eso es retador, riesgoso, definitivamente, pero entusiasmante. Y creo que el elemento de la función preventiva se inscribe en eso. Sí, es retador porque, definitivamente, no sabemos cómo se hace, y hemos tenido en el Perú, la verdad, que pocas experiencias de *dispute boards* desarrolladas, y que, todavía, pocas experiencias de JRD.

Creo que muchos de los primeros aprendizajes están vinculados a estas experiencias de acción preventiva de *dispute board*, sobre todo, latinoamericanos, y de algunos actores peruanos que participaron en esas experiencias de *dispute board* latinoamericanos.

Luego, tuvimos las experiencias de *dispute boards* en los Panamericanos y ahora en Reconstrucción con Cambios, y creo que estamos generando aprendizaje, pero también el conocimiento propio y experiencia propia. Es más, como Reiner comentaba, nos ven con mucha expectativa en Latinoamérica, por lo menos, respecto a lo que, en el Perú, estamos creando. Y hay que sentirnos orgullosos de eso, de lo que estamos creando; y, específicamente, respecto del reto de integrar o de desarrollar la función preventiva.

Ahora, para responder concretamente a la pregunta, creo que no existe una sola forma. Ese es el primer elemento, que la función preventiva implica la activación del uso de ese conjunto de habilidades que debe tener, para empezar, la JRD, implica conocimiento, definitivamente, conocimiento del proyecto.

En el caso de los de los ingenieros, es importante que tengan experiencia de campo, de gestión de proyectos. En el caso de los abogados, creo que es importante que los abogados tengamos experiencia de campo también. Creo que una pregunta importante para los abogados es cuántas horas de uso de APP tienes. Eso marca un criterio de qué tanto han estado, qué tanto hemos estado en obra, y somos, son pocos. por ejemplo, abogados que han hecho esa experiencia, que han tenido esa experiencia, porque eso lleva a entender las dinámicas que existen entre las partes; las dinámicas de micro poder, los intereses, las necesidades concretas, el conocimiento de cómo se genera un conflicto.

Eso lleva, por ejemplo, por poner unas experiencias prácticas, a que cuando se visita la obra, un miembro de la JRD, un ingeniero, comenta algo que me ha pasado, con algunos miembros de la JRD de la cual soy miembro. Bueno, lo que ha pasado es que, estando en obra, uno identificó una fisura e indicó que esa fisura podía tener algún elemento estructural y no solo externo.

A raíz de eso, se generó toda una serie de acciones que llevaron a identificar si es que es estructural o no. Por ejemplo, el otro elemento es, con base en la experiencia, sabiendo que existían, podría existir controversias en la etapa de recepción. Frente a esa necesidad, lo que uno de los ingenieros planteó: ¿y por qué no nos sentamos y hacemos un Excel e identificamos cuáles son las no conformidades, cuáles son las observaciones, y nos adelantamos al proceso de recepción; y, faltando cinco meses para la recepción. Y se generó una dinámica entre las partes de discutir temas técnicos que, probablemente, cuando llegue el momento de la recepción, además, con la experiencia que sabemos que...

Bueno, comentaba que, en el caso de esta experiencia, lo que ha pasado es que, pensando en lo que podría pasar de acá cinco meses, lo que está haciendo esta JRD, es traer al momento presente esas probables controversias para resolverlas y evitar que, por ejemplo, en ese momento, se empiecen a discutir la aplicación de penalidades. Y, por eso, comentaba que no hay un solo estilo. Lo importante es el conocimiento, el compromiso, el decálogo de que comparta reuniones importantes. Este compromiso, este amor hacia esta experiencia para intentar establecer, identificar en campo las necesidades que tiene el proyecto.

Eso es todo.

Karina Ulloa Zegarra: Muchas gracias, Ahmed.

Ingeniero Reiner, por favor, compártanos su experiencia.

Reiner Solís Villanueva: Podría dividirlo en dos foros; uno del caso de la JRD peruana en Ley de Contrataciones, es un reto y lo debe saber Ahmed y todos los que estamos interviniendo, donde un sistema, un medio de resolución de conflictos colaborativo es incrustado en un contrato que podría ser clasificado de inflexible, que tiene una historia sobre el sistema, sobre las entidades contratistas, con una experiencia, a veces, no siempre positiva.

Entonces, cuando este medio de resolución de conflictos aparece en este contrato, hablar de la actuación preventiva y situarnos en el espacio teórico donde decíamos el 80 % de la actuación de un adjudicador debe ser preventiva y el 20 % debe ser residual en las decisiones, a veces no se cumplía porque las partes lo que nos piden son decisiones para bajar la olla de presión de la obra. Justamente, la decisión es la justicia aproximada que se hace emitiendo decisiones en cortos plazos, a veces, ayuda a bajar la olla de presión de la obra y actúa como un soporte para la continuidad de la obra.

Muchas veces decimos, si la JRD va a eliminar los arbitrajes, yo, de verdad, considero que, por ahora, no. Lo que podemos ambicionar de este medio de resolución de conflictos es que la obra continúe y se concluya. Es mi máxima ambición. Para mí fue la JRD, la nacional. Y que la actuación preventiva se reduce a que las partes puedan hacer una consulta. Miren que una decisión demora dos meses; una justicia aproximada de dos meses, aproximadamente, nueve semanas, pero una consulta demora cinco días, pero tiene una dificultad: las partes tienen que ponerse de acuerdo en hacer una misma pregunta; los dos deben estar de acuerdo. Pero, fíjense que esta actividad tan sencilla, no la pueden hacer. Qué difícil les es ponerse de acuerdo en hacer una misma pregunta.

Muchas veces uno hace una pregunta, el otro le agrega otra; no se pueden poner de acuerdo, pero, cuando lo hacen y realizan esta actividad colaborativa de ponerse de acuerdo, de hacer una pregunta para que la JRD absuelva esta consulta que deriva en una controversia, una vez que los adjudicadores emiten esta consulta, miren que en el 98 % de los casos, las partes respetan el documento donde la JRD ha emitido en cinco días esta consulta. Miren qué herramienta tan poderosa, si las partes logra colaborar y hacer el esfuerzo de poder realizar una misma consulta y tratar de respetarla.

La JRD en Ley de Contrataciones no es una isla. Está la entidad, el contratista, el centro y están los adjudicadores. Y todo es un sistema. Un sistema funciona tan bien como el peor de sus componentes. ¿Qué quiere decir? Que, si en la entidad hay un componente que no funciona bien, que no quiere terminar el contrato, este sistema tampoco va a funcionar bien. Va a funcionar como el peor de sus componentes.

Si en el contratista hay un contratista que no mitiga el riesgo, que solo espera que suceda un evento para que el riesgo se agrande y pueda pedir ampliación de plazo, y el dinero que entra no lo coloque en la obra, el sistema no va a funcionar bien.

Si el centro no funciona bien, tampoco va a funcionar bien si los adjudicadores no funcionan bien tampoco. Hoy en día vemos que hay dieciséis centros; esperamos que todos tengan la misma capacidad y lleven adelante este medio. Y este medio que ha costado a Europa, casi a todo el mundo construirlo en casi años, de cuarenta a cincuenta años, esperemos que no sea el Perú el que lo debilite, sino que, más bien lo fortalezca y seamos ejemplo en Latinoamérica.

Hay mucho trabajo por hacer en las JRD para que este mecanismo mejore y se requiere el aporte de los centros, de los adjudicadores bien capacitados y que las partes aprendan a conocer este mecanismo. Esa es una de las principales dificultades para que la actuación preventiva en JRD tenga éxito.

Partiendo de JRD, podemos poner otro marco, por ejemplo, donde sí existe un marco colaborativo en los contratos NEC, también en los contratos FIDIC donde se forman DAB, comisión de resolución de controversias, donde, existiendo este marco colaborativo, es posible generar un lazo de retroalimentación a las partes donde, si las partes entienden, porque también, a veces, no; entienden la colaboración como cambiar intereses, posiciones y están dispuestos a renunciar para lograr tener acuerdos. Se puede establecer y generar técnicas de prevención.

Muchas veces, en contratos FIDIC, la sola presencia de la comisión de resolución de controversias hace que el ingeniero funcione y cambie su comportamiento. La sola presencia del DAB hace que las partes se sientan que los hilos del poder entre contratante y contratista se han roto, y cambian su comportamiento. Se produce una especie de lo que se llama el efecto Hawthorne, y es una alta técnica de reactivación psicológica que sostiene que las partes cambian su comportamiento cuando son observadas, para bien o para mal, y los adjudicadores tienen la capacidad de usar técnicas, ya sea como estas técnicas de mediación. Por eso existe algunas muy especiales.

Estas técnicas de mediación como, digamos, las técnicas del espejo, las preguntas de empatía y distintas. Puede el adjudicador crear un lazo de retroalimentación positiva de colaboración. El efecto del comportamiento de las partes que no querían colaborar, se vuelvan colaborativas, y es posible aplicar esto y poder generar acuerdos, entendiendo que las partes tienen la capacidad de renunciar y firmar estos acuerdos. Y generan un ambiente de confianza, como decía, Arquímedes decía «dadme un punto de apoyo y moveré el mundo»; una palanca, se refería, y el punto de apoyo es la confianza.

Pero la confianza es una pista de doble vía, no es solamente de uno hacia otro. Si eso es así, y se eliminan lo que yo le digo a los falsos profetas de la colaboración y están los verdaderos que creen en este mecanismo. Creo que este sistema se retroalimenta positivamente y genera un lazo de colaboración, y donde la actuación preventiva aparece y se cumple la frase del «80 % de la actuación de un adjudicador debe ser preventiva y residual el 20 %».

Karina Ulloa Zegarra: Muchas gracias, ingeniero. De hecho, qué importante sus reflexiones, qué interesantes; y, sobre todo, bueno, ustedes como adjudicadores lo ven en su labor como tal, y nosotros o, bueno, personalmente, yo como también administradora de juntas en el centro, también lo vemos de otra perspectiva. La importancia de que todos los actores colaboren para que la junta, en efecto, pueda ser una junta exitosa, y que, como decía el ingeniero Reiner, se logre que la obra culmine, que es lo que nosotros, finalmente, todos lo buscamos.

Para ir ya cerrando, de repente, yo quisiera, tomando un poco lo que comentó el ingeniero Reiner, atender una consulta que nos han hecho llegar también por el por el chat, referida al tema de, precisamente, las consultas que, de acuerdo a la directiva de JRD, deben hacerse de manera conjunta entre las partes. Las partes ponerse de acuerdo para formular una consulta a la JRD.

Ya el ingeniero Reiner nos comentó que, claro, cuando eso se logra, es importante; y, normalmente, la respuesta de la junta va a ser aceptada por las partes, aunque esta opinión que la junta emite no es vinculante, de acuerdo a la directiva.

Pero la pregunta, un poquito para Ahmed, en todo caso, está orientada a ¿es conveniente o es necesario que las partes se pongan de acuerdo para formular una consulta? ¿O podría, de repente, haber un cambio en ese punto de la directiva, y permitir que una sola parte formule una consulta hacia la junta?

Ahmed Manyari Zea: Gracias, muchas gracias por la pregunta.

A ver, quiero partir de un elemento. La función consultiva es muy distinta a la función decisora y muy distinta a la función preventiva. Esa es la primera consideración. Tienen distinta finalidad, distinto tratamiento; genera distintas dinámicas.

Yo sí creo que la función consultiva, considerando el equivalente a lo que conocemos en, por ejemplo, en la experiencia comparada de los *dispute board*, a la asistencia informal requiere acuerdo de las partes.

Para empezar, porque eso involucra ya un nivel de acercamiento, de identificación de la controversia y del marcamiento de la controversia también. Porque, para empezar, para que exista acuerdo, ambas deben ponerse de acuerdo respecto de la controversia.

Los que estamos metidos en el mundo de la controversia, sabemos que la controversia tiene múltiples dinámicas, múltiples causas, pero, muchas veces, hay aspectos, podemos desmenuzar la controversia. Hay aspectos más relevantes que otros en cualquier controversia; y, definitivamente, lo que las partes pueden hacer, inclusive, es, si no se pueden poner de acuerdo respecto del todo, y sabiendo que la controversia está en él, las partes pueden ponerse de acuerdo respecto de un aspecto, por ejemplo.

Existe una controversia compleja técnica, pero pueden ponerse de acuerdo en solo llevar a función consultiva, si es que aplica o es relevante en orden de prelación, la especificación técnica o el plano de una especialidad. Punto, y eso puede ayudar a las partes a que ellas mismas zanjen su controversia.

Definitivamente, la función consultiva puede ir mucho más, puede involucrar aspectos mucho más complejos, definitivamente.

Ahora, la función consultiva también es una herramienta para la JRD porque la JRD, en una misma reunión, puede proponer llevar un elemento a función consultiva, y no olviden que, para la función consultiva no existe una formalidad, solo acuerdo. Y ese acuerdo se puede dar con la confirmación de una y otra parte en la misma reunión, en la misma visita, en la misma reunión virtual y la JRD puede emitir, en ese momento, inclusive, dependiendo de la naturaleza de la función consultiva, su recomendación, su decisión, luego lo puede desarrollar más. Tiene esa virtud la función consultiva. ¿Es una herramienta que puede ayudar a los mecanismos, a las dinámicas preventivas? Sí. Quiere, por eso, nuevamente, estamos aprendiendo y hay múltiples herramientas y estamos todavía aprendiendo a usarlas.

Tiene un valor en la experiencia comparada la función consultiva, creo que hay que aprender a usarla y usarla más, más que la función decisora. Claro, si es que una parte lo que quiere, una de las partes lo que quiere es que la JRD, y aquí también hay un tema desde perspectiva. Realmente, lo que pasa es que cada parte quiere que la JRD o el árbitro desarrolle o lleve adelante una controversia del modo como ella prefiere, y puede ser que no sea lo mejor para el proyecto. No olviden que la JRD se debe al proyecto más que a las partes. A la parte le puede interesar que esa controversia vaya del modo «A», pero la JRD, puede asumir, puede pensar, en su experiencia, que es mejor que esa controversia se trate del modo «B». Si es que a la parte le interesa llevar la controversia del modo «A», tiene la función decisora, pero si es que la parte quiere llevar adelante la controversia «A» a función consultiva, que es un mecanismo menos agresivo, menos conflictivo, necesita llegar a un nivel de consenso con la otra parte, pues, puede ser que su «A» se convierta en «A-3», y está bien que sea «A-3» porque ya hay un nivel de consenso, y es un avance en la gestión del conflicto.

Eso.

Karina Ulloa Zegarra: Muchas gracias, Ahmed. De hecho, que sí. Creo yo que, en la práctica, siempre es muy difícil lograr que las partes se pongan de acuerdo en muchas cosas, ni siquiera en proponer o en pedir una recomendación u opinión a la JRD.

En esa misma línea, ingeniero Reiner, no sé si desea agregar algo más a lo comentado por Ahmed, o, en todo caso, también le pediría que responda, por favor, una última consulta que nos están

haciendo por el chat, referida a sí, en la función consultiva, se puede manifestar el contratista o la entidad puede manifestar su posición o interpretación sobre el tema de consultar, entendemos.

Ingeniero, su opinión, por favor.

Reiner Solís Villanueva: Quería empezar desde una estadística, más o menos, digamos, el promedio es que, de cada diez decisiones, aparece una consulta, por lo menos, eso es en mi actuación. Las consultas son menos que las decisiones. Seguro por distintos motivos. Uno de los motivos puede ser el pago, que sea tarifa *flat*. Otro motivo puede ser que las partes prefieren las decisiones, prefieren una decisión vinculante y clara, y no apuestan por la opinión.

Yo creo que las consultas y la opinión no vinculante de los adjudicadores, poco a poco, va a ir creciendo. Creo que va a ser una herramienta, creo que Ahmed Manyari también lo mencionó; va a ser una herramienta para los adjudicadores.

La JRD peruana es preventiva, consultiva y decisoria, pero esta solicitud de opiniones, consultas va a ser una herramienta para la actuación preventiva poderosa. Yo creo que, si las partes se entienden: «Oye, mira. Esta decisión va a demorar. A veces tenemos dos meses, nueve semanas. Oye, esta consulta puede durar cinco días, pero tenemos que hacer el esfuerzo de ponernos de acuerdo para lograr la misma pregunta y aceptar lo que digan los adjudicadores, y con ese documento que no es vinculante, tomarlo como referencia para decidir y seguir con la obra».

Qué poderoso que es. Las partes sufren poniéndose de acuerdo. Es cierto que cuando hacen su pregunta, los dos envían la misma pregunta, están de acuerdo, pueden poner debajo lo que lo que ellos deseen. Generalmente, ponen su parecer, pero esa pregunta tiene que ser la misma.

Lo que no puede ser es que no se pongan de acuerdo. Lo que sucede la mayoría de veces, es que el contratista presenta su pregunta a la entidad, la entidad quiere trasladarla al contratista, pero le agrega dos preguntas más; el contratista dice: «No, esas dos no las he hecho»; y, finalmente, no hay consulta.

Pero, si logran ponerse de acuerdo en distintos, justo, están en desacuerdo, pues. Hacen la misma pregunta, se ponen de acuerdo en poner la pregunta, ponen su parecer y aceptan el documento que la JRD expone por escrito.

En el 98 % de los casos que se ha emitido opinión, en mi caso, las partes han respetado la opinión y han seguido ese camino.

Yo creo que, y vislumbro que esta es una herramienta que, realmente, en contrataciones va a comenzar, a medida que la JRD madure, va a comenzar a hacer el camino para la acción; fortalecer la acción preventiva.

Creo que eso va a pasar y espero que eso se fortalezca con algunos cambios.

Auguro que, a medida que las partes del sistema de la JRD, los adjudicadores que están ingresando, se capaciten más y tengan nuevas fortalezas, que las entidades tengan más conocimientos y conozcan este medio, Muchas entidades no la conocen. Hace poco había varios problemas. Los contratistas también; y, sobre todo, los centros conozcan bien este mecanismo. Hay muchos centros, muchos capacitados en la Católica, pero también hay, aparte de los de este centro, hay quince centros más. Uno entra a la lista del OSCE y aparecen quince.

Esperamos que todos tengan la capacidad para generar este sistema positivamente; y, en vez de que lo hagan crecer y no estamos a la luz de Latinoamérica y no sea lo contrario. Esperamos eso.

Karina Ulloa Zegarra: Muchas gracias, ingeniero Reiner.

Bueno, muchas gracias, Ahmed, también, en realidad, por las ponencias, por abordar esos temas tan interesantes, compartir sus experiencias con nosotros, de hecho, muy útiles, muy interesantes, por cierto.

Y, bueno, volviendo un poquito el tema de lo que fue la mesa, el punto de partida, esperamos, pues, que, en algún momento, si es lo adecuado, la junta de resolución de disputas o los *dispute boards* lleguen también a ser un mecanismo útil para las APP, y que funcione adecuadamente con toda la complejidad del dinamismo que esto implica, que ustedes han comentado con mucho tino y con mucho *expertise*.

Bueno, yo, simplemente, quiero, finalmente, disculparme antes de terminar la sesión o la mesa, disculparme con todos los asistentes, en realidad, como les comenté, el ingeniero Carlos López ha tenido un imprevisto. Esperamos, en realidad, que esté todo bien con él. Ha sido una lástima no poder contar con su experiencia también aquí, pero, seguramente, habrá otra oportunidad muy pronto para ello.

Gracias, nuevamente, Ahmed, Gracias, ingeniero Reiner por compartir su tiempo con nosotros; y, bueno, los esperamos mañana que sigue el congreso.

Muchas gracias a todos.

MESA N.º 5: ¿SE DEBE SEGUIR MODIFICANDO LA LEY DE ARBITRAJE PARA EL ARBITRAJE CON EL ESTADO?

*Juan Carlos Pinto*¹ (moderador)

*Ricardo Rodríguez Ardiles*²

*Sergio Tafur Sánchez*³

*Fabiola Paulet Monteagudo*⁴

*Elvira Martínez Coco*⁵

¹ Árbitro independiente y socio fundador de la Consultora PRAE.

² Árbitro y adjudicador independiente. Ha sido miembro del Consejo Superior de Arbitraje del Colegio Abogados de Lima. Vocal del Tribunal de Contrataciones del Estado y gerente general en la Cámara Peruana de la Construcción. Es expositor en distintos eventos académicos sobre materias de construcción, arbitraje *dispute boards* y juntas de resolución de disputas. Y, de igual modo, ha efectuado distintas publicaciones sobre esta especialidad.

³ Abogado y magíster, socio de Tafur Asesores y Consultores. Docente en pre y posgrado en materias de contratación pública y arbitraje en la UPC, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de San Martín de Porres, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Nacional de Trujillo, en ESAN y en la Universidad San Ignacio de Loyola, entre otras. Ejerce actividad arbitral hace más de veinticinco años.

⁴ Árbitra, adjudicadora, abogada y MBA. Vicepresidenta del Comité Internacional de Arbitraje de la Federación Internacional de Abogados. Especialista en derecho de la construcción, arbitraje de inversiones, en contratación pública, derecho administrativo, JRD. Creadora del récord arbitral en el OSCE.

⁵ Abogada. Socia principal y fundadora del Estudio Martínez Coco y Abogados. Catedrática de Derecho Civil y Patrimonial. *Coach* de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Árbitra nacional e internacional, forma parte de la nómina de los principales centros de arbitraje. Árbitra ante el Ciadi, designada por el gobierno del Perú para la resolución de controversias inversionista-Estado.

Juan Carlos Pinto: Es un honor estar en este congreso una vez más, y más aún, rodeado de tan buenos profesionales y amigos.

Me ha tocado moderar esta esa simpática mesa con temas muy actuales y que van a generar, y vienen generando bastante debate.

En primer lugar, nos va a hablar el doctor Ricardo Rodríguez Ardiles, quien nos va a comentar y va a analizar sobre la base y enfoque de un par de preguntas dirigidas a por qué no es, a través de la modificación de la ley de arbitraje, que se van a superar las dificultades en la ejecución de las obras públicas.

Y, de igual modo, también qué implicancias traería la variación del arbitraje de obligatorio a potestativo en la solución de controversias del Estado.

Ricardo Rodríguez Ardiles: Muy buenas tardes.

En primer lugar, mi agradecimiento al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la persona de su directora, la licenciada Marlene Anchante, por su invitación a regresar a este evento académico de tanta trascendencia.

Voy a hacer un enfoque un tanto sui géneris respecto a las dos preguntas que se me han formulado porque creo que, en el momento actual, tenemos que ver las cosas, no solo en el árbol, sino también viendo el bosque.

Y voy a partir por algunos tres principios rectores que me parecen fundamentales cuando uno cambia o habla o trata de lo referido a una modificación de una ley; de una ley, primero, en general, y después veremos de unas leyes particulares, como son la Ley de Arbitraje y la Ley de Contrataciones del Estado.

Cuáles son estos principales principios rectores desde mi perspectiva, son los que debe tenerse en cuenta.

En primer lugar, que renunciar a la perfección de una norma legal es, realmente, contrario a la naturaleza misma de una norma legal.

Entonces, negar la posibilidad de que sea perfectible la legislación arbitral o que sea perfectible en la legislación de contratación estatal, sería ir en contra de lo que significa una norma legal. Una norma legal o trata de reflejar lo que sucede en la realidad o trata de imponer una conducta a esa sociedad. Pero, para eso se debe, necesariamente, tener una claridad de objetivo.

Cuando uno desea modificar algo dentro de esta perfección de toda obra humana, necesariamente, debe tener claridad del objetivo, a fin de que la propuesta que, finalmente, se elabore, responda al objetivo que se propone y no responda a una situación coyuntural que no suscita mejoras, sino, por el contrario, suscita mayores problemas. Primer principio rector sobre el que voy a desarrollar posteriormente mi exposición de fondo, digamos.

El segundo principio rector que parece que cada vez olvidamos más, es la figura de la justicia. La justicia es una dama con una venda en los ojos y una balanza en la mano. Y esa figura que es muy antigua no pierde validez, y hoy es necesario que sea más firme que nunca. Y lo digo porque en un arbitraje lo que se discute, finalmente, es un tema contractual, es un tema de cumplimiento de obligaciones de cada quien; y, en consecuencia, aun cuando los efectos de una decisión puedan tener afectación de recursos o fondos públicos, no se debe modificar el criterio de la justicia: que la justicia es

ciega. No se debe modificar el criterio de que el juzgador impone justicia, no en función de personas, sino en función de hechos comprobados dentro del proceso. Y, además, no se puede hacer ningún tipo de cambio legislativo, si es que la justicia que se propone o esa mejora de optimización que se desea, rompe la balanza. Esa balanza que significa que todos somos iguales ante la ley y que todos debemos ser tratados ante la justicia de manera igual.

Y el tercer punto medular o rector que deseo yo profundizar o explicar en esta noche, es que no hay ninguna propuesta de verdadera optimización, si es que esta no responde a un análisis objetivo de hechos y los planteamientos son acordes a lo que dice la academia y la experiencia. Desestimarse aquellos postulados de la academia y la experiencia, y sustituirlos por visiones políticas de momento para agitar aguas de otra naturaleza existentes en una circunstancia específica social, es atentar contra el sistema mismo de justicia. Por ende, como veremos a continuación, vamos a ver si lo que ha sucedido en nuestro país a través de los de los años, y lo que se pretende hacer realmente cumple con este triple postulado, que la perfección no es un imposible, hay que tratar de ser perfeccionar todo, pero manteniendo la justicia equilibrada y ciega; y, sobre todo, que la propuesta sea una respuesta a un tema objetivo y acorde con la academia y la experiencia.

Desde años desde hace años atrás, específicamente, desde el 2017, se vienen planteando proyectos que se sustentan en un solo propósito: optimizar el marco normativo para favorecer los mecanismos, fundamentalmente, de ejecución de obras públicas, a fin de evitar, y lo leemos en todas las exposiciones de motivos, perjuicios a la sociedad, así como superar la falta de una regulación eficiente de los procesos arbitrales.

En función de esta extraordinaria literatura, se han venido proponiendo proyectos de leyes e, incluso, se han dictado disposiciones, como el Decreto de Urgencia n.º 020-2020 que, con toda seguridad, vamos a ver dentro de unos minutos más.

O se proponen extremos, como los contenidos en el Proyecto de Ley n.º 2736 del 2002, remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República, donde lo que se plantean es modificar los alcances de la Ley de Arbitraje, de la Ley de Contrataciones, pero con singulares propuestas, tales como convertir en facultativo el arbitraje, en restaurar la vieja práctica de que es la única vía, la óptima para obtener justicia, que es la vía ordinaria o judicial, convalidar lo que ya el decreto de urgencia señala como contracautela para obtener una medida cautelar; y, sobre todo, entre otros, la resolución lateral de los contratos y la continuidad de la ejecución de obras.

Pero ¿es a través de estas medidas en que se puede mejorar y optimizar la ejecución de los proyectos de inversión? ¿Cuál es la realidad social respecto de ellos?

La Contraloría General de la República ese organismo que, muchas veces, criticamos, pero no pocas también recurrimos, tuvo un informe ejecutivo de análisis de la inversión pública desde las perspectivas de control gubernamental desde los años 2017 a 2021, donde determina que existe, por la nueva forma de inversión, el Invierte Perú, que hay una reducción de inversión de un 8 %, aproximadamente, sobre los estándares promedios del 65.7 de años anteriores.

A diciembre del 2021, dice en este informe, existían 2360 obras paralizadas por un monto de inversión superior a los 22 mil millones de soles. Pero ¿por qué causas? La primera, la falta de identificación de presupuesto. Tal pareciera que las entidades públicas no cuentan con los recursos o no disponen de los recursos para la continuación de los proyectos de inversión.

Las deficiencias de los expedientes técnicos es la principal causa, lo afirma la Contraloría, que es la que genera retrasos, paralización y adicionales, generando, por tanto, un incremento de costos. Y señala, por ejemplo, que, en ese periodo, se habían generado 22 046 adicionales, de los cuales 52 % eran como productos de deficiencias de los expedientes técnicos. Las paralizaciones de obra eran consecuencias de ello.

Otro argumento, para poder tener en cuenta si las propuestas que se hacen responden a facilitar o a entorpecer. Las inversiones, hay ejecutadas que tienen más del 90 % de inversión financiera realizada; sin embargo, no se pueden concluir, los plazos quedan permanentemente en el aire porque no hay una capacidad técnica, no lo digo yo, lo dice la Contraloría, una capacidad, una calidad de personal técnica e idónea para practicar las liquidaciones en las entidades.

También, por supuesto, la Contraloría propone crear mecanismos alternativos, como las JRD, que ya están en funciones. Eso fue el año nuevo, hace un poco de tiempo atrás.

El OSCE, por su parte, ha hecho un análisis de los laudos arbitrales del año pasado, 2021, y concluye que el 55,5 % son declarados fundados en favor del contratista. Pero ¿cuáles son las temáticas que se discuten en estos procesos arbitrarios? El 16,5 %, temas de resolución de contratos; el 16,5 también temas de liquidación de obra: págame; y el 14,6 %, indemnizaciones por daños y perjuicios.

La Contraloría General de la República, también en un informe que hizo respecto de los laudos 2003-2013, llegó a la siguiente conclusión: muchos de los casos que llegan a arbitraje, llegan con problemas que son responsabilidad de la entidad. Estas van desde la formulación de los requerimientos pasando por el proceso de selección hasta llegar a la etapa de ejecución contractual.

Cito: «las causas se identificadas conviene señalar que existe la necesidad de fortalecer a las entidades del aparato estatal en la industria, en la administración de los contratos durante su ejecución, pues este aspecto constituye una de los principales debilidades en la administración pública».

Finalmente, sobre estas referencias de informes de Contraloría, hace pocos días, todos sabremos leído, a finales de agosto del año 2022, refieren que existen, actualmente, 2346 horas paralizadas por más de 29 000 millones de soles.

De esas obras paralizadas, más del 55 %; o sea, 1300 son obras, corresponden a proyectos ejecutados por administración directa; esto es, por el propio Estado. Y de todas las causas que establecen que generan la paralización, la primera es la falta de recursos financieros y liquidez; en segundo lugar, eventos climáticos; en tercer lugar, ya vienen los incumplimientos contractuales; y, en cuarto lugar, las discrepancias, controversias y arbitrajes.

En consecuencia, cuando se habla de optimizar la ejecución de las obras públicas, no es, por cierto, por el cambio en la legislación de arbitraje que deben de efectuarse, sino, en primer lugar, es en un cambio sustantivo respecto de las calidades de la administración de los contratos. El dotar a las entidades de un personal idóneo que les permita manejar las nuevas herramientas o que se efectúen mejoras en esas nuevas herramientas como Invierte Perú, que han generado un retraso de la inversión pública.

El arbitraje, por tanto, no es causa de ninguna situación de carencia de ejecución de obras públicas. El enfoque está en otro lado, y no hay más ciego que el que no quiere ver.

Pero ¿en dónde estamos? Vamos a tratar con seguridad en los siguientes panelistas, del Decreto de Urgencia n.º 020.

El Decreto n.º 020 del año 2020, como todos conocemos, trajo serios problemas que aún se mantienen, fundamentalmente, y, entre otros, al tema de la contracautela para solicitar medidas cautelares ante tribunales arbitrales.

Sin embargo, como todos conocemos, y a pesar de que la cátedra y la academia se ha pronunciado en reiteradas formas, en reiterados eventos, y ahora, seguramente, en esta noche lo volveremos a hacer, hemos expresado nuestra discrepancia, los conceptos que atentan contra la igualdad de partes; los conceptos que atentan contra la igualdad de armas respecto de las partes que tienen un contrato

con el Estado, nos topamos con decisiones de carácter político que distorsionan el verdadero juicio de lo que es el Decreto de Urgencia n.º 020.

Quiero referirme explícitamente al dictamen aprobado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del período anual de sesiones del Congreso 2020 2022, el 17 de noviembre pasado, pendiente de ser visto por el pleno.

Esta comisión, después de haber efectuado un análisis, según ellos, del decreto supremo, dame un minuto, no más, Juan Carlos, para acabar, concluye: «de este modo las modificaciones efectuadas por el Decreto Supremo n.º 020, no suponen ni afectan el debido proceso, ni conllevan un perjuicio a la defensa o a la igualdad de armas de las partes o sus abogados; por el contrario, dice, pretende hacer que los laudos arbitrales posean mejores, mejor legitimidad».

Así las cosas, y concluyo con esta frase, si seguimos en la línea de ver las cosas de una óptica política, al margen de la cátedra y de la experiencia, nos va a quedar solamente para parafrasear a Cicerón en su famoso discurso: «¿Hasta cuándo abusarás de nuestra paciencia?».

¿Hasta cuándo llegará la desenfadada audacia? Para nada sirven las reflexiones académicas; para nada los datos, cifras y análisis; para nada la veracidad de resultados por encima de apreciaciones subjetivas o políticas; para nada demostrar la inconsistencia entre el objetivo propuesto y las normas proyectadas; para nada acreditar que la ley de arbitraje no es el problema, sino hay otros factores respecto de los cuales se ha hecho poco o no se ha hecho nada.

Muchas gracias.

Juan Carlos Pinto: Muchas gracias, Ricardo, por tremenda reflexión. Interesante ver cómo es que los cambios normativos, justamente, no apuntan y no tienen esa claridad que nos has mencionado sobre el objetivo. Se enarbola un objetivo, cuando, en realidad, el texto normativo va, en ocasiones, hacia una dirección totalmente contraria.

Yo quiero ahora mencionar un poco que, sobre esta evolución o involución que tiene la norma de arbitraje, pues, hemos venido desde el año 1992, la Ley n.º 25935; luego, la Ley n.º 26572 del año 1996 para, finalmente, aterrizar en el Decreto Legislativo n.º 1071, que es el que viene siendo objeto de modificación.

Esta copia del modelo de la Ley Uncitral, de la Ley Modelo Uncitral que venía siendo tan perfecta, ahora tiene ya una modificación que es el Decreto de Urgencia n.º 020 del 2020, del cual nos va a hablar el querido doctor Sergio Tafur.

Sergio Tafur va a abordar, entonces, las consecuencias que se han dado a raíz de esta modificación, dentro de esta involución en el tiempo que ha sufrido la Ley de Arbitraje para luego pasar a los recientemente cuestionados Proyectos de Ley n.ºs 2736 y 2682.

Coméntanos, por favor, qué consecuencias ha traído la modificación de la Ley de Arbitraje, a través del Decreto Urgencia n.º 20-2020.

Sergio Tafur Sánchez: Buenas noches. Un agradecimiento, a su vez, especial al centro por la gentil invitación para compartir con ustedes unos minutos de reflexión.

He seguido atentamente la exposición de Ricardo y las reflexiones que Ricardo nos hace, y no puedo sino, en principio, estar más que de acuerdo con su exposición.

Pues bien, hablar un poco del Decreto de Urgencia n.º 20-2020 nos lleva, creo yo, a reflexionar previamente un poco la aventura del Estado en el arbitraje, particularmente, del Estado peruano en el

arbitraje, y con especial énfasis, esta aventura en el arbitraje en contratación pública. En el arbitraje en el marco de la Ley de Contratación con el Estado.

Para quienes recién están en el tema o entendiendo esta materia, valga recordar que en el Perú se tomó una decisión importante en el año 1998, por la cual el Estado peruano decidió que las controversias que surjan de sus contratos que se celebran al amparo de la Ley de Contratación con el Estado, en esencia es la que regula los contratos para adquirir bienes, servicios y obras por parte del Estado, pues, esta vía, en la cual se pudiese solucionar estos problemas, pues, en la vía arbitral.

Razones para eso puede haber muchas. Creo, fundamentalmente, que la razón principal, entre otras, es la que está relacionada a la larga duración que tenían los mecanismos de solución de controversias que, hasta ese momento, existían, que nos llevaban a un mecanismo de solución de controversias, primero, en la vía administrativa que, por cierto, podría demorar años, y luego de eso, a una solución en la vía judicial, en donde en la vía judicial se podía perfectamente analizar el fondo del tema también; lo cual demoraba muchísimos más años.

Entonces, como quiera que la contratación pública se enfrenta, no solamente a un problema de un contrato en particular, sino que siempre vamos a tener un agente, una parte que va a ser recurrente en esas contrataciones, que es el Estado. Y a quien lo que les interesa, no por ser el Estado, sino porque, finalmente, representa intereses de todos, que los problemas que derivan de la contratación pública se solucionan de manera rápida, de manera oportuna, de manera adecuada, porque, finalmente, de esa forma también se manda una señal al mercado; una señal a los que se atreven a ser proveedores del Estado, contratistas con el Estado, que esperan que los problemas que puedan suscitarse; y, por cierto, no son pocos en la contratación pública, puedan solucionarse en esta vida, en algún momento.

Pero ¿qué pasó cuando el Estado tomó esa decisión inicial?

Lo que sucedió es que, cuando toma esa decisión, advierte, los que se aventuran en este camino, a echar mano del mecanismo arbitral, porque, finalmente, era un mecanismo que estaba funcionando regularmente para otro tipo de situaciones, o para algunos problemas puntuales en donde el Estado también arbitra. Y, de repente, ese arbitraje se masifica porque estamos en un escenario en el cual el Estado celebra un sinnúmero de contratos. Hoy día podríamos estar hablando de casi más de cien mil contratos al año, en donde va a haber este mecanismo de solución de controversias; y echa uso o echa mano a un mecanismo que, hasta ese momento, fundamentalmente, estaba desarrollado en sus pilares, sobre pilares de entendimiento y funcionamiento de arbitraje privado. Y, en consecuencia, se encuentra, de repente, ya cuando comienza a operar, con criterios como, por ejemplo, el principio de confidencialidad en el arbitraje, cuestión que hoy, cuando vemos que una de las partes es el Estado, y ese principio no era muy coherente o no tiene mucha coherencia en un arbitraje estatal, pero ese era el principio que regía en ese primer momento.

Otro tema. Los mecanismos de designación de los árbitros. El Estado, de repente, de la noche a la mañana, no solamente desde las entidades centrales que pueden estar ubicadas en Lima, sino hasta las últimas entidades que pertenecen al Estado que están en los lugares más recónditos del país, se ven enfrentados a tener que hacer uso de este mecanismo, y, por consecuencia, tener que designar árbitros. Y la pregunta venía: ¿Y a quién designo? ¿De dónde escojo? ¿A quién pongo como árbitro para solucionar estos problemas?

Y, de repente, nos encontramos con situaciones en donde se designaban a personas que no tenían, ni conocimiento del funcionamiento arbitral y menos conocimiento del problema real o del marco normativo que regulaba la contratación estatal. Eso nos ha pasado. Lo mismo nos pasaba con el tema de los honorarios arbitrales, porque se estableció un mecanismo prácticamente paralelo de arbitraje institucional o de arbitraje *ad hoc* a decisión de las partes. Y cuando se iban a arbitraje *ad hoc*, no había límite alguno para que encasille la definición de los honorarios arbitrales en los tribunales que se podrían constituir. O el tema de la conservación de las actuaciones arbitrales. Tampoco había normativa específica que regulase el tema de la conservación de actuaciones arbitrales en donde una

parte era la parte estatal. Y cosas como esa en las que, al hacer uso, de repente, de este mecanismo, de manera tan inmediata, de manera tan rápida, como se planteó, nos fue pasando la factura en un primer momento.

Entonces, en esta historia, que hemos vivido hasta el día de hoy, yo les diría que tenemos tres grandes momentos que ver.

Un primer momento en la regulación del arbitraje en contratación estatal, cuando tomamos esta opción, que nos enfrentamos a esta serie de problemas o de situaciones reales, que merecían ser, por cierto, corregidas.

Y llega un segundo momento en donde la legislación la legislación comienza a dictarse para efectos de tratar de corregir alguna de estas cosas. Se establecen, por ejemplo, límites a los honorarios de los arbitrajes *ad hoc*; la famosa tabla del OSCE es para ese tema. Se invierte el criterio de confidencialidad al criterio de publicidad en el tema de actuaciones arbitrales. Se establece también, a su vez, por ejemplo, el tema de una regla especial para la conservación de actuaciones arbitrales. Se establece, a su vez, la necesidad de seguir ciertas pautas para la designación de los árbitros por parte de las entidades estatales.

Pero resulta que, después de este segundo momento que, más o menos, pasó entre el año 2002 hasta el año, más o menos, 2014 o 2015, en esa lectura inadecuada de la realidad que Ricardo nos ha explicado hace un momento, en donde se piensa que el arbitraje es el causante principal, y con esto no digo que no haya habido casos en donde esto puede haberse producido, pero que sea el arbitraje en contratación pública el causante principal de la inexistencia, o del deterioro o de la paralización, mejor dicho, de las obras públicas.

Bajo esa lectura inadecuada, se comienzan a establecer o a incorporar una serie de disposiciones que van a regular el arbitraje en contratación estatal, que ya comienzan a inclinar bastante, creo yo, aquella balanza de un espacio en donde una cancha, en donde los contrincantes deben tener una paridad. Esta cancha que es la cancha arbitral, el espacio del arbitraje.

Y, de repente, comenzamos a encontrarnos con normas, por ejemplo, que incorporan muchísimo más o amplían mucho más la inarbitrabilidad de una serie de situaciones, como quien dice: «el arbitraje es bueno para solucionar todos los problemas en contratación pública, pero no para aquellos que tengan que ver con adicionales», que siempre estuvo prohibido, pero también para cualquier cosa que tenga que ver con adicionales.

Lo segundo, el tema de establecer mecanismos, por ejemplo, diferenciados para la presentación de los recursos de anulación de laudo, en donde al contratista privado, cuando quiere ir a anulación de laudo arbitral, se le exige carta fianza, mientras que la entidad estatal no está obligada a presentar ese tipo de garantías para ir a una anulación de laudo arbitral.

O el tema de disposiciones que establecen que, si es que un contratista gana un laudo arbitral, la entidad no está obligada a pagarle hasta que no se liquida el contrato. O sea, la eficacia en este lado queda supeditada, finalmente, a la liquidación del contrato que se pueda celebrar.

Y, para dar una cereza más a este tema, surge, en el año 2020, bajo esta lectura que, reitero, creo inadecuada, como bien nos ha explicado Ricardo, la idea de incorporar en la ley de arbitraje peruano una serie de modificaciones. ¿Qué modificaciones? Una serie de agregados para que los arbitrajes en donde el Estado sea una de las partes contratantes; una de las partes del arbitraje.

Entonces, surge ahí el Decreto de Urgencia n.º 020 2020. ¿Y qué hace el Decreto de Urgencia n.º 20 2020? Establece una serie de agregados a la ley de arbitraje, como les digo, pero, en principio, debería decirles, de manera general, ese decreto de urgencia señala o incorpora estos agregados de manera bastante inorgánica, de manera bastante inadecuada, e, inclusive, sin tener en cuenta que lo

que termina incorporando en el decreto de urgencia, no es coherente con lo que su propia exposición de motivos establecía. Para eso, una muestra. Si uno revisa la exposición de motivos del Decreto de Urgencia n.º 020-2020, encontrará que una de las razones por las cuales se establece que los arbitrajes, a partir de diez UIT en los que participe el Estado, deben ser institucionales y no *ad hoc*, está referido a la mala experiencia que tiene el Estado en materia de contratos celebrados en la Ley de Contratación con el Estado.

Eso lo dice la exposición de motivos de manera bastante clara; y, por tanto, incorporan, por ejemplo, una norma que señala que, a partir de diez UIT, el arbitraje va a tener que ser institucional y ya no *ad hoc*, cuando el Estado es parte.

Pero, resulta que se olvidaron de que eso no es coherente con lo que dice la Ley de Contratación con el Estado y su reglamento; y, por tanto, por un tema de prevalencia normativa, los criterios fijados en la Ley de Contratación con el Estado y su reglamento, para determinar cuándo un arbitraje es institucional y no *ad hoc*, son absolutamente diferentes de los que están acá.

Eso nos demuestra cómo es que lo que terminaron poniendo o incorporando en la Ley de Arbitraje, por lo menos, en este extremo, y luego veremos algunos otros más, son, incluso, inconsistentes; pues resulta inconsistente con lo que ellos mismos, los autores, sustentaban en su exposición de motivos.

¿Qué hace, en realidad, este Decreto de Urgencia n.º 20-2020? Incorpora una serie de disposiciones que debería decirles yo a ustedes, creo que algunas son neutras, pero otras no tanto.

Habla sobre esta prevalencia del arbitraje institucional sobre el arbitraje *ad hoc*, cuando el Estado es parte, a partir de las diez UIT.

Nos establece también el tema de la contracautela. Hace una incorporación, una regulación adicional para el tema de la contracautela, cuando el Estado sea la parte contra la que se quiere pedir la medida cautelar, y exige al contratista contracautelas, digamos, determinadas, que tienen que ser fianza bancaria o patrimonial.

Lo establece también hasta por un monto determinado la ley, ya no le da esa facultad al juez; ni al juez ni al árbitro, y también lo hace de manera adecuada. Eso lo conversará en un ratito. Establece, incorpora reglas de incompatibilidad que creo que es, básicamente, una regla neutra.

Establece el tema de la recusación, le prohíbe en materia de recusaciones, que las recusaciones puedan ser resueltas por el propio tribunal arbitral cuando un arbitraje es uno en el cual participa el Estado.

O sea, ahí se establece: de ninguna manera vamos a aceptar que la recusación contra algún miembro del tribunal arbitral pueda ser resuelta por otro miembro del tribunal arbitral; incorpora la figura del abandono en el arbitraje en contratación pública usando una técnica no adecuada.

Establece e incorpora una disposición que señala que, cuando se emita un laudo arbitral, el laudo arbitral, cuando regule el tema de costos, no podrá establecer ninguna sanción pecuniaria, ninguna multa, respecto de la parte estatal.

Y, finalmente, el otro gran tema que establece acá es el tema de las consecuencias de la anulación de laudo arbitral, que, aparentemente, termina habilitando a efectos de que cuando un laudo es anulado y ese laudo tiene que ser reenviado al tribunal, el arbitraje de reenviado al tribunal arbitral para que emita nuevo laudo se habilita para que los árbitros que participaron puedan ser separados del arbitraje de la continuación del arbitraje.

Entonces, ¿qué vemos acá con este Decreto de Urgencia n.º 20-2020?

Lo que vemos es que con este decreto supremo se puso, finalmente, ya la cereza en el tema porque lo que termina haciendo es, creo, desequilibrando totalmente esta cancha, que es la cancha arbitral, en donde, como decía Ricardo, la justicia es una sola y esperábamos y lo que se espera es que las partes tengan igualdad de armas para poder competir, para poder defender sus derechos, para poder hacer eficaz sus derechos.

Voy a centrarme en no más de un minuto, Juan Carlos, para concluir.

Veamos. Me centraré en dos temas del Decreto de Urgencia n.º 20-2020 en la experiencia en estos años; en estos pocos años que nos ha dado.

Primero, la contracautela. Esta disposición que establece que la contracautela debe ser, ahora sí, fianza o garantía patrimonial y hasta por un monto es previamente fijado por la ley, en este caso, por este Decreto de Urgencia n.º 020-2020, en realidad, ha merecido diversos tipos de pronunciamientos de los tribunales arbitrales al día de hoy.

En mi experiencia he visto tribunales arbitrales y han considerado que esa disposición es inconstitucional; y, por tanto, la han inaplicado.

También he visto tribunales que han considerado que esa disposición no se aplica al arbitraje porque está incorporada en una norma, en un artículo que habla de colaboración judicial.

También he visto tribunales que han considerado que esta disposición no se aplica a algunos casos porque el convenio arbitral se pactó con anterioridad a la fecha de esta disposición.

Y también he visto algunos pocos tribunales que han considerado que esta disposición se aplica igualmente.

La mayoría, sin embargo, creo que consideran que esta norma es inconstitucional en su entendimiento, en su redacción.

El tema es que, pese a ello, Elvira nos comentará luego y Fabiola también, la insistencia que hay al día de hoy con mantener esta disposición aún con algún cambio mínimo, pero con mantener esta disposición.

Lo segundo, que me quiero centrar, para concluir ahora sí, es en la experiencia en virtud de esta consecuencia de la anulación.

Les decía que el Decreto de Urgencia n.º 020-2020 estableció que, si es que un laudo se anula, y este laudo regresa al tribunal arbitral, las partes, y así lo dicen, pueden solicitar; la parte que designó al árbitro puede solicitar que este sea sustituido, pero también puede solicitar cualquiera de las partes la recusación del tribunal arbitral o de los árbitros, como consecuencia de la anulación.

Pese a que la norma dice que lo que se puede hacer es solicitar, y no es de manera imperativa porque la solicitud supone un análisis, en mi modesta opinión, debo decir que, tanto el OSCE como muchos centros de arbitraje, consideran que esta norma establece una consecuencia directa. Es decir, considera que esta norma señala que, si el laudo fue anulado y una parte solicita la recusación, esa recusación es fundada.

Creo que eso es un error, pero más allá de la interpretación particular que pueda tener yo, de que sea un error, creo que aún si fuese así, la opción legislativa es pésima; ¿y es pésima por qué? Porque no en todos los casos en donde se anula un laudo arbitral podemos estar hablando necesariamente de afectación, de independencia o de imparcialidad; de duda o independencia e imparcialidad del árbitro porque eso requiere un análisis más de fondo, caso por caso. Lo que se genera con esa recusación

automática es, implémente, que muchas veces regrese un laudo arbitral anulado parcialmente al tribunal, y venga otro tribunal que no entendió nada de lo que se vio en el caso, no seguir todo el caso, sino tener que laudar, o a tener que complementar un laudo no dado por ellos, o a tener que explicar los fundamentos porque falta motivación a un laudo que no dieron ellos. Eso es pésimo y eso tiene que ser... por eso mi tema, creo que eso tiene que ser analizado caso por caso.

Y ese es un análisis que deberá realizarse si es que se plantea una recusación.

Bueno, disculpen por los segundos o minutos que me pude haber explayado un poco más, pero el tema, por cierto, es apasionante. Esa pasión la van a poner las damas que me suceden luego en la exposición.

Muchas gracias por el tiempo, Juan Carlos.

Juan Carlos Pinto: Muchas gracias, Sergio. Es que esta materia no deja de tener diversos puntos de vista, opiniones; y, sin duda, todas ellas están enfocadas a una mejora. No podemos dejar de ser críticos cuando la norma, digamos, introduce estos cambios. Probablemente, no se pensó que esa iba a ser la consecuencia; o, tal vez, la aplicación de la misma supera los motivos por los cuales estas fueron dadas.

Y en esta y en esta involución de las normas, pues, Fabiola Paulet, ahora tiene el reto de poder comentarnos, una de las estrellas de la noche: ese Proyecto de Ley n.º 2736. Ya viene siendo analizado y siendo objeto de diversos conversatorios, toda vez que posee muchos puntos muy complicados y que, por cierto, causan demasiada preocupación en la comunidad arbitral; y, en general, en todos los que estamos participando como actores en los mecanismos de resolución de disputas.

Fabiola Paulet Monteagudo: Bueno, muchísimas gracias. Un especial agradecimiento también al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en especial, a la licenciada Marlene Anchante, que cada uno de mis copanelistas que me ha precedido, Ricardo Rodríguez Ardiles, Sergio Tafur, y esta exposición recoge, en parte, el desarrollo de su tesis.

Entonces, yo quisiera compartir eso también a mi querida panelista, Elvira Martínez Coco, así que nos queda a nosotras justamente hablar de estos proyectos de ley.

Iniciando esta exposición, los invito a todos ustedes a que nos escuche, que tengan el ánimo; y, si les provoca hacer preguntas, que lo hagan porque estamos aquí y estamos hoy sumamente interesados de compartir estas interacciones académicas.

Sin más preámbulo, quiero comentarles con relación al regalo de fiestas patrias del premier, me refiero al Proyecto de Ley n.º 2736, tengo algunas atingencias. Atingencias que espero pueda persuadirlos a ustedes de que este proyecto de ley debe ser archivado de modo definitivo.

Digo esto ¿por qué? Sí, quisiera primero abarcar el ámbito del arbitraje internacional. Ustedes recordarán que, con motivo del TLC, se modificó la Ley de Arbitraje.

El objetivo de modificar la Ley de Arbitraje no era otra cosa más que atraer inversiones extranjeras en el Perú. Repito, atraer inversiones extranjeras en el Perú.

Nuestra Ley de Arbitraje es una ley monista. En un sistema monista, recordaremos que se mezclan los estándares internacionales con las normas procesales del arbitraje doméstico., y este juego, este único juego de reglas que aplica tanto al arbitraje internacional como al nacional, lo que significa cuando modifican la ley de arbitraje, no solamente impacta en el arbitraje doméstico sino también impacta en el arbitraje internacional.

Hoy les traigo una anécdota. Quisiera, en este momento, que cada uno de ustedes imagine por un instante que es un inversionista. Ahí tiene que elegir entre invertir en Perú, Ecuador, Chile, Costa Rica, el país que quieran. Y están eligiendo Perú o están pensando en Perú.

Primero tienen que decir Perú, un país del tercer mundo. Segundo, inestabilidad política. Tercero, conflictos sociales. Y cuarto, económicamente hay un estado de ralentización total.

Si vamos a un tema quinto, inclusive, vamos a ver que Perú sigue en los *rankings* internacionales como uno de los países en altos grados de corrupción.

Y, bajo este contexto, si ustedes dicen deciden invertir en Perú, y existe un conflicto con relación a su contrato, qué duda cabe de que no van a estar muy ilusionados de que este conflicto se solucione en el Poder Judicial de la localidad de la inversión. Van a buscar una sede neutral, un arbitraje internacional; un decisor que sea independiente e imparcial. Este decisor que no tenga una interferencia política, económica, ni social, y que, si tiene la razón, les asignen el derecho.

Pues, bien, les cuento como anécdota que, con relación a este proyecto de ley, artículo 8, hoy, por ejemplo, el inversionista estaría en un estado de absoluta indefensión porque el artículo 8 que han propuesto, ha eliminado de la esfera jurídica la siguiente opción. Hoy, por ejemplo, si el inversionista quisiera presentar una medida cautelar, no existe una regla respecto a cuándo la medida cautelar deba adoptarse en el extranjero. Eliminaron esa regla que estaba previamente en la Ley de Arbitraje.

Estos errores que les comento dirán, ¿esto se repite en el arbitraje doméstico?

Muy bien. Yo quiero decirles lo siguiente, y quiero leerles textualmente esto. Cuando vamos al arbitraje doméstico, este proyecto de ley tiene una exposición de motivos, y la exposición de motivos textualmente señala lo siguiente:

La propuesta tiene como finalidad optimizar el marco normativo alrededor de los procedimientos de selección o ejecución de obras públicas. Debido a la paralización de las obras y a la falta de una regulación eficiente de los procesos arbitrales y judiciales ¿relacionados a qué? A la paralización de obras públicas.

Muy bien, es decir, este proyecto, esta exposición de motivos dice que, producto de esto, o sea, que se inspira en solucionar el tema de la paralización de obras públicas, propone modificar la Ley de Arbitraje, la Ley de Contrataciones con el Estado, y otros marcos normativos.

Y, entonces, vamos con el primer problema. Existe una incoherencia entre la exposición de motivos y la propuesta de solución normativa, y vamos por el vaso al cántaro.

¿Qué tiene que ver la paralización de una obra pública con la acreditación de centros de arbitraje?

¿Qué tiene que ver la paralización de una obra pública con privilegiar al Estado respecto a medidas cautelares con relación al contratista?

¿Qué tiene que ver la paralización de una obra pública con exigirle al funcionario público que elija si quiere que el mecanismo de solución de controversias sea el Poder Judicial o el arbitraje?

Elegir la opción del mecanismo de solución de controversias por sí mismo no tiene nada que ver con la paralización de las obras públicas.

¿Qué tiene que ver, por ejemplo, con que este proyecto de ley establece reglas especiales para las garantías? Entre ellas, ha eliminado la opción de que los contratistas, a efectos de obtener una

garantía al momento de presentar su medida cautelar, ya no puede recurrir a las aseguradoras y tampoco puede recurrir a los fideicomisos.

¿Qué tiene que ver esto con las causas de la paralización de una obra pública? Absolutamente nada. Es más, este proyecto de ley no le dedica una sola línea a la paralización de obras públicas. Es decir, existe un informe, como bien lo señaló Ricardo, publicado en junio del 2000 de este año, por supuesto. Es un informe de inversiones públicas paralizadas que establece que existen 2346 obras paralizadas por 29 mil millones de soles. No me voy a detener en eso. Ya lo explicaron claramente, y la solución, por lo menos, para reactivarlas, es 14 653 millones de soles. ¿Algún comentario sobre esto? Nada.

Pero vamos al tema de fondo. Existen décadas de décadas, y voy a compartir pantalla, por favor, décadas de décadas. Solamente quiero compartir con ustedes esta presentación que es una sola lámina, y quiero compartir con ustedes, quiero con ustedes analizar lo siguiente: nadie le pone el cascabel al gato. O sea, realmente, es tan complicado, fíjense ustedes, como bien lo señaló Ricardo, tenemos 2346 obras paralizadas, 29 mil millones de soles, el último informe de CGR, y era tan difícil que en ese proyecto de ley se tratara de resolver los problemas de fondo, si tomamos como referencia las causales que origina la paralización de obra del informe del año 2019, vamos a tener en cuenta que la principal causal es el expediente técnico: 39 %. El expediente técnico deficiente; el expediente técnico porque es el «copia y pega»; el expediente técnico porque se hace a la velocidad de la luz; el expediente técnico porque no tiene todos los presupuestos o los insumos económicos necesarios.

Muy bien. Este expediente técnico está a cargo de 2850 entidades, resulta sumamente complicado tener un controlar a los funcionarios públicos, y asegurarnos de que tengan la misma calidad y rigurosidad para hacer un buen expediente técnico, a través de la contratación de, obviamente, los consultores respectivos. No sería posible, me permito a ustedes, es tan difícil, ¿no sería posible que pudiéramos proponer como una medida normativa, encargar que la contratación de la elaboración de los expedientes técnicos esté a cargo de una entidad pública, por ejemplo, la ARCC.

¿No se solucionaría con esto; o, por lo menos, significaría con esto el 39 %; y, en este momento de 29 mil millones de soles?

Si seguimos con este cuadro, vamos a hablar de que el 28 % es incumplimiento del contrato. Aquí la propia Contraloría establece que no tiene muchos detalles sobre esto.

El 15 % de la paralización de las obras públicas es la falta de presupuesto del Estado. ¿Qué responsabilidad tienen el ciudadano o el contratista? Nada, ninguna. Eso es un tema de gestión; esto no necesita un proyecto de ley.

El 3 % es disponibilidad de terreno. ¿Es posible que, al día de hoy, los titulares de pliego incurran en ese error, pese a que la Ley de Contrataciones con el Estado es clarísima? Creo que esto se soluciona más con un tema sancionador.

2 % por cambio de profesionales. Hasta el día de hoy existe este problema de cambios de profesionales. Realmente se contrata a la empresa. Debería haber reglas mucho más flexibles porque, finalmente, es la empresa quien tiene las garantías, y lo que nosotros queremos como ciudadanos, es que se ejecuten las obras, y que no entremos en conflictos.

Y, entonces, regresando el tema, regresando el tema, les presentaba este cuadro porque, en realidad, este proyecto de ley no responde a la exposición de motivos.

Sin perjuicio de lo que les he mencionado, voy a hacer algunos comentarios sobre este proyecto de ley.

Este proyecto de ley tiene dos observaciones de manera transversal. La primera observación es la siguiente. Con relación a la modificatoria, respecto a las medidas cautelares, basa esta modificatoria en 34 casos ocurridos en cuatro años; 34 casos en cuatro años. La alarma que ha saltado, lo terrible de esto, es que 17 casos ocurrieron en el año 2021. Era tan difícil para el premier preguntar ¿cuántos contratos se celebran al año en contratación pública en el Seace? La respuesta es más de 177 000 contratos.

Muy bien, ¿y cuántos arbitrajes? ¿Cuál es el universo de arbitrajes respecto a estos contratos, por lo menos, en 2021, un dato referencial? Y el dato referencial que tenemos de la PG, que es la Procuraduría General del Estado, es que existen 29 000 arbitrajes y un poco más.

Entonces, al 2021, 17 casos, 17 problemas de medidas cautelares de un determinado procurador público, ¿qué representa del universo de arbitrajes? Mucho, mucho, mucho menos que 1 %. ¿Es razonable que sobre esta estadística se proponga modificar la Ley de Arbitraje y se vaya al Congreso bajo este soporte estadístico? Creo, sin duda, y en mi opinión personal que, ni siquiera un estudiante de tesina se atrevería a hacer esta sustentación.

Otra observación transversal que ustedes van a notar en este proyecto de ley es que tiene la mirada del abogado del Estado, y como tiene la mirada del abogado del Estado, tiene un sesgo en toda la redacción de prevalencia de una de las partes sobre la otra; y, entonces, que los procuradores públicos, a través de la PG, lleven sus inquietudes, enhorabuena, enhorabuena; y la PG trate de promover mecanismos normativos sobre estos, enhorabuena, pero está aquí, no hay un contrapeso y el gran ausente de esto son la voz de los contratistas, las cámaras de comercio, la Contraloría General de la República, el Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado, el mismo Ministerio de Economía y Finanzas. Por tanto, es una norma absolutamente sesgada en su redacción, y yéndonos, digamos, con los minutos que me quedan, por ejemplo, les presento el siguiente caso, con relación a las medidas cautelares.

Como les decía, sobre 34 casos, ¿qué es lo que propone? Lo que proponen es, por ejemplo, que cuando existe una medida cautelar donde participe el Estado, no exista la opción de que se aplique la medida cautelar *inaudita pars*, no, imposible. Si está o si una de las partes es el Estado, no.

Esto, sinceramente, es que no existe igualdad de armas, la cancha no es pareja. Esto no es nada serio, pero claro, sé que es mucho pedir, a veces, esta rigurosidad y seriedad, pero, igual tenemos que estar en la lucha y en la brecha de protestar y alzar la voz, y persuadir y decir: esto no puede pasar; o sea, no puede pasar.

Otra cosa, por ejemplo, señalan que, y desde mi punto de vista, cuando hay esta propuesta normativa, en el fondo lo que están pidiendo es que el juez o el árbitro, se convierta en abogado del Estado porque señala que, previo a la decisión de emitir una medida cautelar, de decir si procede o no procede, se debe sustentar, de manera expresa, la irreversibilidad de la medida y el perjuicio económico que pudiera causar al Estado. Es decir, si las partes no argumentan eso, resulta que igual da lo mismo. Tú como juez o tú como árbitro tienes que pronunciarte sobre eso. Realmente, no tiene sentido.

Incluso, le piden al árbitro que, para revertir una medida cautelar, OK, porque ese es el pedido que se espera con relación a una medida cautelar emitida por un juez, pese a no contar con copia de los actuados del proceso cautelar ante el PJ, le dicen al árbitro, emite tu pronunciamiento, aun cuando no tengas esos actuados. Es decir, no hay medios probatorios, y te exigen tomar una decisión. Sin duda, esto, a todas luces, es incorrecto.

Si nos vamos a, inclusive, y me quedan, creo que 34 segundos, bueno, me quedo aquí. No me voy a exceder. Me quedo cortísimo. Quizás en las repreguntas, pero quisiera con todas estas exposiciones y con todas estas ideas que les he plasmado el día de hoy, llegar a la conclusión, sinceramente, de que este proyecto de ley es, realmente, antitécnico, jurídico, y que no nos representa. No existe la rigurosidad ni el estudio mínimo que nos permita siquiera evaluar, que esto es un producto bueno.

Muchísimas gracias con todos, y me quedo si es que hubiera preguntas.

Encantada. Gracias a ti, Juan Carlos.

Juan Carlos Pinto: Muchas gracias, Fabiola.

Lo que sigue está relacionado con otra de las estrellas de la noche: el Proyecto de Ley n.º 2682 del 2021, pero que ha vuelto a ser presentado y que es motivo nuevamente de preocupación.

Aquí nos va a hablar nuestra querida doctora Elvira Martínez Coco. Te pido, por favor, doctora, nos comentes qué opinión y comentarios tienes en relación con el Proyecto de Ley n.º 2682.

Elvira Martínez Coco: Muchísimas gracias, Juan Carlos. Agradezco en la persona de Marlene Anchante la invitación a compartir con personas a las que admiro y respeto mucho en este panel.

He escuchado, con un gran detenimiento, en primer lugar, a Ricardo Rodríguez Ardiles, que nos ha dado un magnífico panorama del tema que nos ocupa, lleno de estadísticas que nos han hecho ver que el mayor problema está en la ejecución de los contratos, y no en el arbitraje.

Luego de ahí, Sergio Tafur se ha referido a un presente arbitral triste. Una tristeza enmarcada en el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, que, como él bien nos dijo, puso la cereza a las modificaciones que se venían haciendo a la Ley de Arbitraje, y terminó desequilibrando, en palabras de él que comparto, la cancha arbitral a favor del Estado.

Siempre he dicho, en más de una oportunidad, que la cancha arbitral puede desequilibrarse, siempre y cuando vaya aparejada con la posibilidad de la compensación de los daños y perjuicios necesarios, sin ningún problema, porque se tiene que favorecer el interés público que está detrás, y que hay que calcular. Pero, cuando no se da con esta correspondencia, estamos frente a ese panorama triste del que nos ha hablado Sergio.

Y, finalmente, con gran emoción la he escuchado a Fabiola Paulet, que nos dijo que, cosa que es verdad, que nadie le pone, hasta ahora, el cascabel al gato, y que no se resuelve lo que se debería resolver, que son, en verdad, los temas de fondo. Y tiene razón cuando ha criticado este absurdo proyecto al que lo ha llamado «Todos los “antis” del mundo»: antitécnico, antijurídico y que, en verdad, no nos representa.

Y yo lamento tener que seguir con la misma línea triste, con la misma línea anti con algo que, probablemente, va a parar los pelos de punta a todos los que estamos aquí.

He preparado unas diapositivas para que el tiempo no sea mi peor enemigo. No se preocupen, estaba ya al final donde está en la parte negra y es que va a terminar siendo negra.

A ver, veamos. Yo les voy a hablar del Proyecto de Ley n.º 2682-2021-CR. ¿Y qué cosa nos dice este proyecto que recién ha sido vuelto a presentar en julio? ¿Cuál es su objeto? Pretende modificar, tanto la Ley de Arbitraje como el Código Penal.

Veamos. ¿Qué se quiere modificar de la Ley de Arbitraje? El artículo 21, al que se le quiere añadir que los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano no podrán actuar como árbitros en aquellos arbitrajes en los que una de las partes sea el Estado peruano.

Miren lo que dice el artículo actual, o sea, ya tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano, entre los márgenes establecidos por las normas de compatibilidad respectivas, así que, probablemente, nadie sabe en qué estaba pensando quien redactó esto. O sea, una duplicidad, una adición innecesaria. Eso ya está. Sencillamente, ya está.

En el artículo 20 se pretende añadir lo siguiente: «En ningún caso, cuando se trate de arbitrajes institucionales, será requisito encontrarse adscrito a la nómina de árbitros de la institución arbitral que administrará el arbitraje, para poder desempeñarse como árbitro de parte, árbitro único o presidente de tribunal arbitral. Es nula de pleno derecho toda disposición en contrario, incluidas las ratificaciones o confirmaciones realizadas por las instituciones arbitrales vía sus reglamentos internos».

¿Qué tenemos acá? ¿Qué tenemos acá, señores? Tenemos, pues, obviamente, que decir que los arbitrajes institucionales están en la mira. Primero, estuvieron en la mira los árbitros, luego, los secretarios arbitrales; luego de eso, han entrado en la mira los centros de arbitraje y sus integrantes; algunos de ellos han sido acusados penalmente de manera totalmente injusta; luego de ello, pues, ahora todos los centros, en general. Por lo menos, en este proyecto de ley. Es, obviamente, una modificación totalmente peligrosa que nos ofrece una limitación de la autonomía de la voluntad de las partes sin ninguna duda, y que restringe un derecho que tienen las partes de ir a un determinado centro de arbitraje, respecto al cual conocen anteladamente el procedimiento arbitral al que estará sujeto el proceso.

Los centros de arbitraje, en general, promueven, sin duda, un arbitraje imparcial; aseguran el *expertise* de los árbitros; aseguran su conocimiento; aseguran su experiencia; aseguran su ética porque los que quieren tener un prestigio en el mercado como centros de arbitraje, tienen que hacer todo eso porque, si no, el mercado los castiga. Para que quien desea tener un arbitraje, lo lleve a un centro de arbitraje, es porque, normalmente, va a elegir un buen centro de arbitraje. Y siempre he pensado, pues, obviamente, que el mercado es el mejor filtro.

El proceso de ratificación tiene virtudes y también podemos decir que se le puede hacer alguna crítica. La mayor virtud del proceso de ratificación está en esa búsqueda que hace el centro de arbitraje para impedir que pueda entrar a arbitrar alguien que no reúne los requisitos necesarios para hacerlo.

En la exposición de motivos de este proyecto de ley, solamente existe una frase que comparto, y es que sí creo que cuando se hace un proceso de ratificación al que no se le ratifica, se le debería de dar, primero al que se pretende ratificar, la oportunidad de que diga lo que estime conveniente, en relación a la causa por la cual no se le va a ratificar; y que la causa por la que no se le ratifica, debería de quedar clara y debería ser expresa. O sea, no se trata de «no quiero que arbitres acá porque me da la gana. No quiero que arbitres acá porque tengo mis razones. Y tengo muy buenas razones, y aquí está y deberías verlo».

En el artículo 22, que también se pretende modificar, se quiere señalar que cuando la designación; y, obviamente, sigue en contra de los centros de arbitraje, cuando la designación residual deba ser efectuada por una institución arbitral, esta, dice, efectuará la designación eligiendo objetiva y aleatoriamente al árbitro por defecto entre los árbitros que integren su nómina de árbitros, eligiendo objetiva y aleatoriamente al árbitro, la misma que deberá ser mostrada, inmediatamente, después dice, en la página web de la institución arbitral, caso por caso. Las nóminas de árbitros servirán únicamente para dar cumplimiento a lo previsto por este inciso.

Veamos. Todos sabemos que cada centro de arbitraje ya utiliza sus propios criterios objetivos para elegir residualmente a un árbitro, y la aleatoriedad, desde mi punto de vista, es totalmente peligrosa. O sea, ¿cualquier árbitro puede ver cualquier tema? ¿No tenemos todas especializaciones en determinadas materias? Un árbitro que recién comienza puede ver un arbitraje de gran envergadura, complejo, con más de cuarenta pretensiones.

Hay criterios que ya vienen utilizando los distintos centros de arbitraje para poder dar la posibilidad de que el joven comience a arbitrar, de que todos vayan creciendo en el mundo de arbitraje porque ninguno de nosotros es eterno. Porque estamos aquí y nos vamos a ir al más allá. Yo, probablemente, más rápido que todos los panelistas que están conmigo, y tenemos que dar paso a los que vienen en el futuro. Y ese trabajo lo hacen los centros de arbitraje promocionando a los nuevos árbitros. Ya se utilizan criterios objetivos para elegir residualmente a un árbitro.

Publicar la elección en la página web, vulneraría la confidencialidad del arbitraje y solamente, o sea, el pretexto es saber a cuántos se está nombrando. Pero ¿a cuántos qué? A cuántos nombra residualmente el centro de arbitraje, porque la cancha otra vez acá no está pareja. Si se tratara de que el Estado, por ejemplo, va a publicar siempre a todos los árbitros a los que nombra en todos los procesos, entonces, probablemente, tendríamos una foto de la realidad mejor.

Se quiere añadir también un inciso al artículo 25 de la Ley de Arbitraje que diría que los integrantes de los consejos superiores o cortes de arbitraje o cualquier otra denominación que asuman las instituciones arbitrales no podrán ser integrados por personas naturales que, a título individual, colectivo o como miembros de bufetes jurídicos, se dediquen al litigio como abogados o peritos.

Las universidades, además, dicen que constituyen centros de arbitraje, OJO PUCP, no podrán tener dentro de sus miembros en los consejos superiores o cortes de arbitraje, o cualquier denominación, a los profesores de dichos centros de estudios.

Los colegios profesionales que constituyan centros de arbitraje, los integrantes de los consejos superiores o cortes de arbitraje, o cualquier otra denominación, no pueden estar integrados por los miembros de la junta directiva de dicha institución.

Bueno, eso, probablemente, quien ha redactado esto, no se ha dado la molestia de leer en los estatutos y los reglamentos internos de los principales centros de arbitraje de nuestro país.

El artículo 18 del estatuto de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima dice: «los consejeros, el personal de la secretaría general, durante el ejercicio del cargo, no pueden intervenir, en calidad de representantes, árbitros, peritos, asesores o abogados de las personas naturales o jurídicas que participen como parte de los arbitrajes tramitados ante el centro.

El artículo 15 del reglamento interno de la unidad de arbitraje en el centro de arbitraje de la PUCP nos dice: «Los miembros de la corte de arbitraje están impedidos de ser designados como árbitros por este órgano. Cuando los miembros de la corte de arbitraje participen como árbitros en la corte de arbitraje, deberán inhibirse de intervenir o participar en las deliberaciones y acuerdos de la corte de arbitraje relacionados al proceso en el que intervienen».

Asimismo, los miembros de la corte arbitraje no pueden intervenir en calidad de asesor abogado perito representante de ninguna de las partes en los procesos de arbitraje administrados por el centro. Lo que es peor, no solo que no lo han leído, pues, los principales centros de arbitraje ya funcionan de esta manera. Ellos han entendido que los que trabajan internamente en el propio centro, no pueden intervenir como abogados, no pueden intervenir como árbitros en ninguno de los procesos para resguardar la imparcialidad, justamente, de esas secretarías arbitrales, pero ¿guarda racionalidad esto? ¿Los profesores de los centros de estudio no van a poder arbitrar? ¿Acaso es el centro de ese, es la universidad la que se encuentra en una controversia arbitral entre dos partes «NN», «XX» e «YY»?

Sergio Tafur, ¿enseñas en varias universidades? ¿Correcto? ¿Tendrías que renunciar a todas ellas? ¿Ya no enseñar para poder arbitrar? Conozco a árbitros que son profesores hasta en cuatro universidades. O sea, no arbitrarían nunca más o tendrían que enseñar nunca más.

Normalmente, a quienes se les convoca como árbitros son los profesores porque son los profesores los que enseñan, son los profesores los que conocen de estos temas que son necesarios para solucionar las controversias. Entonces, la verdad ¿qué quieren que opine?

Se quiere añadir la séptima disposición complementaria de la Ley de Arbitraje y nos dice que, para ser incorporado a la nómina de árbitros de una institución arbitral, se deberá cumplir con requisitos objetivos, que ya les he dicho que cada centro de arbitraje los tiene, y deben tener el derecho a tener sus propios requisitos. Pero después nos dice: «todo requisito establecido por una institución

arbitral para la incorporación de árbitros a sus nóminas que importen una valoración subjetiva o discriminación por cualquier causa será nulo de pleno derecho».

Y nos dice que todas las designaciones residuales que efectúen las instituciones arbitrales serán aleatorias. Ya les he dicho por qué creo que eso no debe ser. Lo único que me parece correcto es que la decisión de la institución arbitral debe estar debidamente motivada y comunicada al árbitro.

Nuestra Ley de Arbitraje, señores, ha sido diseñada para proteger el procedimiento que se brinda a las partes. Y las instituciones arbitrales son elegidas por las partes, y las instituciones deben tener libertad para establecer los requisitos de admisión de un árbitro porque, finalmente, es el mercado quien elige. Las instituciones arbitrales eligen su reglamento, eligen sus normas y las partes eligen la institución arbitral; y, por lo tanto, ya han elegido sus normas. Lo que se busca, en verdad, es impedir que los centros de arbitraje tengan nóminas de árbitros y que exista un proceso de ratificación o confirmación. No me sería de extrañar que detrás de este proyecto de ley esté alguien que no fue ratificado, no fue confirmado.

La justificación que da el proyecto de ley son los casos de corrupción de Odebrecht, señalando que surgieron en la Cámara de Comercio de Lima; y, la verdad, es que no solamente surgieron en la Cámara de Comercio de Lima. Estuvieron por todas partes; también estuvieron en el arbitraje *ad hoc*, etc. El procedimiento de confirmación y ratificación de los árbitros por parte de los centros de arbitraje, en verdad, se dio como un mecanismo posterior a los casos de Odebrecht. Es decir, quien realizó esta exposición de motivos tampoco conoce la historia del arbitraje, porque esto fue posterior.

A ver chicos, ¿qué se pretende modificar en el Código Penal? Se pretende añadir al árbitro en el delito de prevaricato contemplado en el artículo 418 del Código Penal, y también se le pretende incluir en los artículos 420 y 422 del mismo Código.

El juez, el fiscal... El primero es el delito de prevaricato que lo conocen todos. El segundo es el fiscal o el árbitro que conocen un proceso que anteriormente patrocinó como abogado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. El juez o el árbitro que se niega a administrar justicia, que elude juzgar o laudiar bajo pretexto de defecto o de deficiencia a la ley, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno, ni menor de cuatro años.

A ver, somos muy pocos los árbitros en el medio que ejercemos el arbitraje que nos dedicamos al arbitraje a dedicación exclusiva, a diferencia de la función judicial que sí se ejerce de manera exclusiva, dejándose de lado que sí se puede evitar algún curso en alguna universidad, pero es exclusiva la función judicial. Los árbitros, no. Los árbitros la ejercen, la mayoría de ellos, de manera esporádica. Imagínense ustedes, o sea, Sergio Tafur no podrías arbitrar más porque, seguramente, pues, has patrocinado como abogado a «X», «Z», y ya, pues, a todos ellos, aun cuando hayan pasado muchos años después, no podrías. Y si cometiste el error de aceptar a alguien que se te olvidó, pues, resulta que tienes una pena privativa de la libertad no mayor de dos años.

Creo que esto hay que hacerlo con pinzas. Probablemente, voy a decir algo que no les va a gustar a todos mis colegas árbitros, pero en el delito de prevaricato están comprendido los jueces y están comprendidos los fiscales, y están comprendidos desde hace mucho tiempo, y siempre hemos pedido igualdad en nuestra jurisdicción, que en la jurisdicción arbitral tenga la igualdad de la jurisdicción ordinaria.

Y ahí sí, realmente, no entiendo por qué, si un juez puede prevaricar, por qué un árbitro no. O sea, por qué para nosotros solamente lo bueno, y no lo malo o lo feo.

Lo segundo, sí, ya lo he criticado, como comprenderán.

Y lo tercero, que es, si el juez o el árbitro se niega a administrar justicia o que elude juzgar o laudar bajo pretexto de defecto o de deficiencia de la ley, yo no veo esto, cuando hay defecto o deficiencia de la ley, aplicamos el Código Civil; aplicamos el Código Civil. O sea, tenemos todo un orden de relación normativo. O sea, el último vacío legal se llena siempre con el Código Civil. Entonces, la verdad, un despropósito. E incluir a los jueces también en esto también me parece un despropósito.

Pero si todos los que me escuchan no son árbitros sino también son abogados, siéntense porque también a ustedes les cae. Se pretende añadir a los árbitros que intervienen en procesos arbitrales también en el artículo 421 del Código Penal. Pero lo peor de esto es el manido tema de querer volver a considerar a los árbitros como funcionarios públicos. Y digo que es un tema manido porque ya, pues, viene de tiempo atrás, y dice que... y otra vez resucitado en este proyecto de ley, se quiere incorporar el artículo 425 del Código Penal, el siguiente numeral:

«Se consideran funcionarios o servidores públicos a los árbitros en los procesos arbitrales donde una de las partes es el Estado peruano».

En el 2017 recordarán ustedes que la PUCP organizó un conversatorio, a propósito del Proyecto de Ley n.º 1774 que propuso modificar el artículo 425 del Código Penal e incluir el inciso 6 para considerar a los árbitros como funcionarios o servidores públicos, siempre que alguna entidad u organismo del Estado formara parte de la controversia arbitral.

En ese conversatorio, lo pueden ustedes encontrar en la página web de la PUCP, abajo tienen el *link*, Mario Castillo Freyre señaló, en una opinión que comparto, que «los árbitros debemos dar la razón a quien la tenga, independientemente de la moral de la gente y de su trayectoria empresarial». Y afirmó que «un proyecto de ley como ese, que tiene una relación semejante a la que estamos comentando ahora, desnaturalizaría a los árbitros y al arbitraje, por lo que debe darse, debería de darse un paso al costado, que es imposible juzgar si un laudo ha sido justo, que, para ello, existen, obviamente, mecanismos de control de la actividad arbitral que tienen que ver, en primer lugar, con la designación del árbitro», y quitarle su autonomía y su independencia a los centros de arbitraje, es decir, en contra de esto, mecanismo que, muchas veces se dijo y dijo bien Mario Castillo, se pierde al nombrarse a árbitros inexpertos, y yo le añadiría si es aleatoriamente porque el inexperto tiene que volverse experto, y solamente se vuelve experto, primero, teniendo un arbitraje chiquito, luego, uno más grande, y tenemos que ir formando a los nuevos árbitros.

Y, en segundo lugar, la recusación de los de los árbitros; y, en tercer lugar, el recurso de anulación de laudo; y, finalmente, el amparo. Están absolutamente todos estos mecanismos que son propios e idóneos.

Y en esa oportunidad, Walter Albán señaló que «no existían estudios suficientes para comprender qué sucede en los arbitrajes en contratación del Estado; y, por lo tanto, no se pueden tomar medidas radicales».

Y a este momento todavía no existen estudios suficientes tampoco sobre esta materia.

En verdad, pues, no todo cambio es bueno, por eso cuánta verdad en las palabras de Francisco Alonso de Santos, cuando nos dijo que respeto a la tradición, cuando no es necesario cambiar, es necesario no cambiar. En medio de la destrucción general del mundo, señores, «conservar es crear».

Muchísimas gracias.

Juan Carlos Pinto: Muchas gracias, Elvira, por tan importantes reflexiones. Nos dejas a todos pensando.

Bueno, llegado a este punto de esta mesa, he consultado con la organización, han formulado diversas preguntas; pero, lamentablemente, a pesar de lo apasionante que ha sido cada uno de los temas tratados por los panelistas de esta mesa, pues, no va a haber tiempo para ello.

Bueno, al respecto, yo creo que cabe la pena mencionar que los temas abordados en este panel por Ricardo, por Fabiola, por Sergio y por Elvira, han generado producción jurídica, han generado diversos artículos.

Hay uno muy reciente sobre «La defensa del arbitraje en contratación pública», que ha sacado a Mario Castillo y la doctora Gina Vargas, y quiero con ellos también aprovechar en felicitar al doctor Castillo por esa noble y constante labor que siempre realiza a través de la *Biblioteca de Arbitraje*, enriquece a todos nosotros con conocimiento. Aquella brillante investigación, pues, que realizan, nos invita a actualizarnos constantemente.

No quiero tampoco cerrar esta mesa sin antes agradecer nuevamente al al CARC-PUCP, a su directora Marlene Anchante y a su secretaria general, Silvia Rodríguez y a todo el equipo que conforma este brillante centro de arbitraje. Ha sido un gusto compartir con todos ustedes esta mesa y este tiempo, y espero que estas reflexiones hayan sido de su agrado y que los reten a seguir pensando y analizando las normas para ser actores activos de ella.

Gracias.

PRESENTACIÓN DEL LIBRO *ACTAS DEL XV CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE + MEDIACIÓN Y JRD DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ*, DE LA *BIBLIOTECA DE ARBITRAJE* DEL ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

*Silvia Rodríguez Vásquez*¹

*Gina Vargas Herrera*²

*José Carlos Taboada*³

Mario Castillo Freyre

¹ Secretaria general de Arbitraje, Conciliación y Dispute Boards del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

² Árbitra y consultora. Ha sido coordinadora arbitral de la Procuraduría Pública del MIDIS, consultora especializada de la Procuraduría Pública del Ositrán y experta procesal en materia arbitral de la Procuraduría General del Estado. Especialista en materia arbitral, con experiencia en el litigio arbitral y patrocinio de intereses en controversias del Estado. Magíster en Mediación, Negociación y Resolución de Conflictos por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Magíster en Contratación Pública por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Abogada por la Universidad de San Martín de Porres.

³ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Regulación y Servicios Públicos en la misma casa de estudios, con experiencia en arbitraje comercial y de contratación pública, derecho de la construcción y regulación de servicios públicos. Cuenta con especialización en derecho administrativo para árbitros, contrataciones con el Estado, junta de resolución de disputas y arbitraje en contrataciones con el Estado. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Árbitro y adjudicador adscrito al CARC-PUCP. Profesor en la Universidad de Piura y ESAN.

Silvia Rodríguez Vásquez: Muchas gracias. Buenas noches con todos.

En realidad, para mí es un placer estar acá presentando en este momento el XV libro sobre el XV Congreso de Arbitraje y, en realidad, más que hacer una presentación de este libro tan importante, quiero aprovechar este momento para agradecerle a Mario, el enorme esfuerzo que realiza año tras año de trasladar cada una de las ponencias de las diferentes ediciones del congreso, a los libros de la *Biblioteca de Arbitraje*. Y todo ello lo hace con el fin de que más interesados en los temas arbitrales tengan a la mano las reflexiones que, en su momento, realizan los diferentes especialistas peruanos y extranjeros sobre el arbitraje nacional e internacional que hemos tenido a lo largo, en este caso, de quince años.

Junto con el centro, iniciamos esta aventura, aventura que ya ahora con dieciséis ediciones, no puede calificarse como tal, sino como todo un evento institucionalizado en el calendario arbitral y presente en la mente de todos los que nos desenvolvemos en este ámbito.

De esta misma manera, con esta misma forma de que esto ya se encuentra institucionalizado en todas las mentes, los libros de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Castillo Freyre, y me refiero, en especial, a los libros que plasman las actas del congreso, se han vuelto un referente y libros de consulta que son citados constantemente.

No me queda más que agradecerle, Mario, por el apoyo que nos has dado y nos sigues brindando.

Espero que sigas siempre empeñado en este esfuerzo académico por el bien de toda nuestra comunidad arbitral. Enhorabuena por este nuevo libro. Felicitaciones.

Gina Vargas Herrera: Buenas noches con todos.

Agradezco a la gentil invitación que me permite presentar uno de los volúmenes de la notable *Biblioteca* del Estudio Mario Castillo Freyre, y que, a su vez, refleja el denodado trabajo del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por ser y, de hecho, permanecer como un foro académico profesional de referencia obligatoria y de participación, por supuesto.

Podría decir, además, que en épocas en las que la coyuntura demanda mayores espacios para el fortalecimiento de los mecanismos de resolución de controversias, la presentación de este libro constituye, sin lugar a dudas, un aporte valiosísimo para coadyuvar a dicho fin, así que no me puedo sentir más que honrada de también presentar este libro.

Dicho esto, van a advertir ustedes de su lectura, comentarios y exposiciones de alrededor de treinta ponentes, entre nacionales e internacionales sobre distintos temas de coyuntura y muy actuales, como, por ejemplo, cuáles son los avances de la JRD, las cuestiones críticas sobre la contratación pública, la mediación, el arbitraje internacional de inversión extranjera, entre otros.

Me voy a permitir, brevemente, referirme a algunos de manera muy rápida, y me gustaría comentar, por ejemplo, la reflexión que hizo la doctora Mariela Guerinoni en el congreso pasado, en relación al Registro Nacional de Árbitros, administrado por el OSCE, quien nos comentaba que, efectivamente, encierra, pues, este registro una problemática, que no solo está ligada a los centros de arbitraje y a las entidades, sino también a los propios árbitros, quienes son objeto de recusaciones por supuestas designaciones reiteradas. Ciertamente, el día de hoy, se han dado algunos paliativos, pero sabemos que es una solución temporal. Lastimosamente, no hay una solución definitiva aún, y podría

decir, incluso, que esto viene afectando, de igual manera, a los procuradores públicos, en cuanto a su estrategia de defensa para elegir al árbitro a su cargo.

Asimismo, me gustaría citar también un comentario del doctor Walter Albán, quien nos comentaba que, precisamente, estos espacios pueden dar la posibilidad de ejercer la defensa del arbitraje y la contratación pública en el marco, por ejemplo, de iniciativas que buscan regular estas materias. Y, de hecho, lo acabamos de ver en la mesa anterior.

Hoy por hoy, hay de hecho, un proyecto y es de conocimiento público, que pretende la judicialización de las materias en contrataciones del Estado y la consecuente eliminación del arbitraje. Es, sin duda, un tema de obligatorio comentario por todos, en eventos de esta naturaleza.

Finalmente, y antes de despedirme, quisiera resaltar también algunas de las conclusiones principales en relación a la JRD que comentaron los ponentes del congreso pasado, y era explotar la consultiva de la JRD, enseñar un poco más sobre las funciones de la JRD, alcanzar también la finalidad de los contratos, obviamente, dentro del marco de la ley; y, además, la reseña que hacen los ponentes que, a su vez, han sido actores en la JRD; lo cual hace que sea enriquecedor.

En síntesis, es un libro que va a permitir perennizar la enseñanza práctica de destacados profesionales, y que es de revisión para todos y de importancia en la comunidad arbitral.

Muchas gracias.

José Carlos Taboada: Antes que nada, también saludar y felicitar al lugar donde siempre diré que fue mi primer hogar laboral, que fue el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos por un año más poder haber organizado un evento de tan grande magnitud, y agradecerle al doctor Mario por la invitación a presentar esta edición de la *Biblioteca*, que creo que nos debe traer una reflexión bastante importante respecto a la actualización de los temas que se van dando año tras año.

Y para entrar a comentar un poco el libro, y cuál es, creo, la importancia académica que nos trae está relacionada con la evolución que tiene respecto a la visión año tras año de una problemática que evoluciona.

¿Y a qué me refiero? Cuando se habla de las cuestiones críticas, por ejemplo, del arbitraje en contratación pública y los ponentes deliberan sobre los problemas que se generaba, y alguien hablaba, uno de ellos, sobre el Registro Nacional de Árbitros, hubo ciertas respuestas que el Estado, y que, a lo largo de, por ejemplo, el tiempo, se han venido dando, y que hoy nos hacen evolucionar a partir de una nueva visión.

La pregunta es, ¿la problemática que estamos viendo año tras año, está teniendo respuesta por parte del Estado? Si la está teniendo, como creo han comentado en la mesa anterior, ¿está siendo la más eficiente? Y creo que el recuento importante que hace la *Biblioteca*, de permitirnos ver cómo los ponentes, año a año, van conversando de temas, permite ver, para estudios e investigaciones, si, efectivamente, estamos yendo por el camino correcto.

Sobre el tema importantísimo de la JRD, no era lo mismo, y recuerdo cuando estábamos organizando, allá por el año 2017, la junta de resolución de disputas, y hablamos de dos o tres casos bandera, y hablábamos bastante de los Panamericanos, como el ejemplo de la junta de resolución de disputas, analizarlo al año 2021 y que es el recuento que tiene, y ahora en el año 2022, siempre presenta una evolución, qué cosas se fueron mejorando, qué lecciones aprendidas se fueron implementando.

Creo que este libro nos trae una evolución a partir de qué se vio en el 2021, y ahora en el 2022, a partir de los grandes ponentes que han estado este año, qué cosas más seguimos aprendiendo día a día para poder seguir en ese avance, por ejemplo, en la junta de resolución de disputas, qué estudios se pueden traer, qué conclusiones se pueden dar.

Sobre el tema del derecho civil, creo que siempre es algo que me ha apasionado de cómo las instituciones deben coexistir, y no se deben ver como enemigos, que en el derecho civil; y, muchas veces, en contratación pública lo miran: «no, no solo la Ley de Contrataciones, solo la Ley de Contrataciones». Y los del derecho civil: «Bueno, no, la ley siempre está mal, siempre está mal».

Creo que tienen que coexistir y la importancia que nos traen las ponencias, año a año, y que están recogidas en esta edición de la *Biblioteca*, es permitir esa coexistencia de normas que, creo, hoy en día, es importantísimo.

A manera de corolario, creo que lo más importante que nos lleva a esta edición y que nos debe traer, es aprender de cuáles son los comentarios que, año a año, nos traen los ponentes que, año a año, nos llevan a una reflexión mucho más profunda respecto de los alcances que debe tener los casos en contratación pública, los casos en arbitraje y los casos, en general, que se discuten en la ponencia.

Creo, y agradecerle, como siempre, al doctor Mario, porque esta encomendable labor académica, de permitirnos tener la oportunidad de revisar congresos pasados y vernos, hoy en día, en cómo estamos, y que, efectivamente, debemos hacer para seguir mirando hacia adelante y seguir dando.

Digo, sin más, muchas gracias, al CARC-PUCP. Muchas gracias al doctor Mario.

Mario Castillo Freyre: Queridos amigos, ante todo debo decir que es muy grato ver y escuchar a tan distinguidos y apreciados colegas.

En esta oportunidad, presentamos el volumen 108 de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*, el mismo que compila las actas del Congreso de Arbitraje + Mediación y Junta de Resolución de Disputas del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, llevado a cabo en septiembre pasado. Con este ya son dieciséis los volúmenes de los congresos de la PUCP, que, sea con ponencias o sea con actas de lo discutido y expuesto, publica la *Biblioteca de Arbitraje*.

En otras palabras, 16 de los 108 primeros volúmenes de la *Biblioteca*, están dedicados a congresos de nuestra casa de estudios.

Para nosotros, esto es muy importante por varias razones.

En primer término, porque ello representa la estrecha colaboración que la *Biblioteca* y el centro de arbitraje siempre han tenido.

En segundo lugar, porque demuestra la constancia de CARC-PUCP en la realización de sus congresos, que se han convertido en los más antiguos que, de manera invariable e ininterrumpida, realiza cualquier institución arbitral en nuestro país.

Y, en tercer lugar, por el interés, cada vez más grande, del medio jurídico peruano y extranjero en la consulta de aquello que se expone en estas aulas tan queridas por nosotros.

El volumen que presentamos esta noche ya se encuentra en la página web del Estudio, y puede ser consultado e impreso, libre y gratuitamente, al igual que todos los demás volúmenes de la *Biblioteca de Arbitraje*. Pronto saldrá publicado en formato papel.

Concluyo estas breves palabras, felicitando al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, por el congreso de este año, y agradeciendo a la directora del centro, doctora Marlene Anchante Rullé y a la secretaria general de Arbitraje, Conciliación y *Dispute Boards*, doctora Silvia Rodríguez Vázquez, por sus palabras y por la gentileza de permitirnos este espacio. Y va también mi gratitud para los dos jóvenes profesionales, expertos en arbitraje que nos acompañan esta noche, Gina Vargas Herrera y José Carlos Taboada, quienes representan el sólido futuro profesional y académico del arbitraje en el Perú.

MESA N.º 6: ARBITRAJE Y OTRAS RAMAS DEL DERECHO

*Gonzalo García-Calderón Moreyra*¹ (moderador)

*Gastón Fernández Cruz*²

*Luciano Barbi Velaobaga*³

*Roxana Jiménez Vargas-Machuca*⁴

*Laura Castro Zapata*⁵

¹ Socio de García-Calderón, Vidal, Montero y Asociados Abogados.

² Socio principal y presidente del directorio del Estudio Fernández y Vargas Abogados. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho Civil por la PUCP. Profesor principal de Derecho Civil en PUCP en los cursos Responsabilidad Civil y Derecho de las Obligaciones. Director de la Maestría en Derecho Civil en la Escuela de Graduados de la PUCP. Ha sido presidente del último grupo de trabajo que se encargó de la Revisión del Código Civil peruano. Árbitro nombrado y parte de la lista de árbitros de diversos centros arbitraje de nuestro país. Autor de numerosos artículos en revistas especializadas en nuestro país y en el extranjero.

³ Árbitro independiente. Abogado por la Universidad de Lima. Magíster con mención en Derecho Civil por la PUCP. Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima, profesor de Derecho Civil en la Maestría de Derecho Civil en la PUCP. Abogado sénior de la gerencia legal de Pluspetrol. Árbitro de los principales centros arbitraje y autor de diversas publicaciones.

⁴ Árbitra y consultora independiente. Abogada por la PUCP. Magíster y doctoranda en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Integrante de la nómina de los principales centros de arbitraje, tanto de Lima como a nivel nacional. Profesora de Derecho Civil y Arbitraje en la Universidad de Lima, ESAN, UPC y en la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad de Piura. Ha sido jueza superior titular de la Corte de Justicia de Lima.

⁵ Árbitra independiente. Abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Magíster en Derecho con mención en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Doctorando en la PUCP. Tiene curso de especialización en arbitraje comercial internacional en materia de inversiones.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Muchísimas gracias por, primero, por la invitación. He estado en los últimos, creo que, desde el inicio de estos congresos, participando del mismo, y para mí es un honor y agradecerle a Marlene por su gentil invitación, esta vez, no como expositor sino como moderador. Pero no quiero perder la costumbre de intervenir, sobre todo, para disentir de mi gran amiga y colega, Elvira Martínez, respecto del tema del prevaricato que se pretende incorporar a los árbitros en el Código Penal; y, simplemente, por un tema conceptual que lo quiero dejar sentado.

El laudo arbitral no es revisado respecto al fondo por la Sala Superior; y, en consecuencia, al no haber una revisión respecto al fondo, que es la característica fundamental de este mecanismo de solución de controversias, es peligrosísimo darle esa facultad a un juez penal para que sea este el que pretenda establecer, si lo decidido en el fondo y la aplicación de la ley, es o no o calza dentro, o tipifica dentro de lo que sería el prevaricato, por haber aplicado una ley que ha sido derogada. Realmente, muy, muy peligroso dar esa facultad a un juez penal que, además, implicaría darle facultades para que califique categorías jurídicas, creo que no están en su ámbito de aplicación.

Pero, en fin, cierro ese capítulo. Vamos a nuestro tema.

Tengo el gratísimo honor de presentar a cuatro extraordinarios ponentes. Van a hablar sobre diversos temas, tanto Luciano Barchi como Laura Castro, nos van a hablar sobre «La relación entre el derecho privado y los contratos del Estado en los arbitrajes».

Gastón, como es natural y lógico, hablará sobre su gran tema sobre «Responsabilidad civil de los árbitros respecto a la demora en los trámites del arbitraje o la falta de disponibilidad».

Y la doctora Roxana Jiménez Vargas-Machuca, nos hablará de un tema sumamente interesante con relación a «Los conflictos sociales y el arbitraje».

En consecuencia, vamos a dar inicio a esta presentación, dándole el uso de la palabra a Luciano.

Luciano Barchi Velaochaga: Muchas gracias, Gonzalo. Muchas gracias al Centro de Arbitraje de la Católica.

Es un placer estar esta noche con todos ustedes y compartir este panel con Laura, con Roxana y con mi gran amigo, Gastón Fernández.

Trataré de ser breve. Si me permiten, voy a hacerlo con una presentación.

Y, bueno, la he titulado: «La normativa de la contratación estatal desde los ojos de un civilista». Es decir, voy a tratar de analizar algunas figuras muy concretas por el tiempo que están en la normativa de contratación del Estado, pero lo voy a hacer desde el punto de vista del civilista.

Quiero empezar haciendo referencia a un caso ya famoso, en que se anuló el laudo arbitral por aplicar el Código Civil, y no la normativa de contrataciones del Estado.

No voy a entrar en el caso en el fondo por tiempo. Debo manifestar, sin embargo, que, a pesar de que se anula por aplicación del Código Civil, la verdad es que, si se aplicó el Código Civil, porque tengo mis dudas, lo cierto es que también se aplicó mal. Por lo tanto, ahí tenemos un problema, tanto más complicado.

¿En qué se basó la anulación del audio arbitral? En el artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017, ya no vigente, que establece, y lo leemos aquí en la diapositiva. Dice: «El arbitraje será de derecho y resuelto por el árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del

Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado, manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho».

Y, luego, señala: «Esta disposición es de orden público», e inmediatamente incluye una causal de anulación no prevista en la Ley General de Arbitraje que esta establece que «el incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo arbitral». Es decir, es causal de anulación del laudo arbitral la no aplicación de la jerarquía establecida en el artículo 52.3.

Este artículo ya ha sido derogado en la parte referida a la anulación, a la causal de anulación. Ya no está, pero mantiene la referencia a la disposición de orden público.

Luego veremos, tengo mis serias dudas de que la solución de una antinomia suponga una norma de orden público. Particularmente, creo que la norma, una norma no es de orden público porque el legislador así lo indique, les podrá indicar el legislador que la norma es imperativa, pero no indicar que es de orden público, pero, bueno, esa es la disposición del artículo 45.10.

Lo que vamos a ver con esta solución, en realidad, es permitir que el juez ingrese a ver el fondo del asunto, y eso lo veremos en un momento más.

El reglamento también hace esa referencia. Hace referencia a las normas del derecho privado, y resalto que habla de las normas de derecho privado, entre las cuales está el Código Civil. Sin duda alguna, podríamos también discutir el caso del Código de Comercio. Particularmente, para el caso de la mora del deudor, hay quienes que, por un grueso sector, importante sector de la doctrina considera que, en lo relativo a la mora del deudor, se encuentra vigente el Código de Comercio, con lo cual, también estarían dentro de este supuesto, destacados juristas como Mario Castillo, como Gastón Fernández, que coinciden con el hecho de que, en la parte de mora, hay dos regímenes: la del Código Civil y la del Código de Comercio todavía. Así que la norma de contratación del Estado permitirá esa discusión también.

En la norma del Código Civil también aparece el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, que establece que el Código Civil se aplica de manera supletoria a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles.

Lo cierto es que la mayor o menor aplicación del Código Civil va a depender de cuán precisa o de cuánta norma aparece en la normativa de contratación del Estado. Es decir, a mayor regulación, menos aplicación supletoria. Si la regulación es exigua, obviamente, habrá una mayor aplicación supletoria del Código Civil. Y este es, en realidad, el hecho de poder considerar que, frente a las lagunas contractuales, las lagunas normativas, perdón, se aplicará supletoriamente el Código Civil.

Pero, el problema no solamente frente a una laguna contractual y la aplicación supletoria del Código. El principal problema se presenta frente a una antinomia. Una antinomia supone que hay dos normas que tienen una misma *fattispecie*, un mismo supuesto de hecho, pero una consecuencia distinta.

Es ahí donde se presenta el problema, es decir, si la norma contratación del Estado prevé un determinado supuesto de hecho y le da una consecuencia, y el Código Civil tiene para el mismo supuesto de hecho y le da una consecuencia diferente; entonces, es ahí donde se debe presentar el problema.

La solución de la antinomia, una de ellas, en todo caso, sobre tres supuestos de solución, pero una de ellas es la norma de especialidad. Por lo tanto, la norma especial va a aplicar sobre la norma general. En ese caso, aplicaremos la norma de contrataciones del Estado sobre la norma del Código Civil.

Pero, para hacer eso, para poder determinar si se ha aplicado o no se ha aplicado la norma del Código Civil, el juez tiene que entrar al tema de fondo. Porque el juez, para determinar que se aplicó

el Código Civil y no la norma de contrataciones del Estado, tiene que determinar que la solución del caso era una solución distinta a la que dio el Código Civil.

Por lo tanto, permitir o establecer como causal de anulación la no aplicación de la norma de contratación del Estado y aplicación del Código Civil supone permitirle al juez, necesariamente, entrar al tema de fondo. Y eso, en realidad, desde mi punto de vista, es un peligro.

Quería ver algunos temas muy puntuales. Debemos tener en cuenta otra cosa: no solamente es que el Código Civil es una norma supletoria que aplicamos frente a una laguna normativa de la normativa de contrataciones del Estado, sino otra cosa que debemos tener en consideración es que estamos frente a un contrato. Un contrato es cierto donde hay un sujeto que tiene la condición de entidad, vinculada al Estado, pero eso no lo hace distinto a un contrato regulado por el Código Civil.

Y, de hecho, las instituciones que aparecen en la normativa de contrataciones del Estado son instituciones del derecho civil. Si hablamos de la resolución por incumplimiento, si hablamos de la mora del deudor, si hablamos de la cláusula penal, estamos dentro de figuras del derecho civil; y, por lo tanto, el análisis, y lo veremos en un momento más; y, particularmente con el caso de la penalidad, que es la que me genera, normalmente, ciertas sonrisas frente a ciertos comentarios, vamos a verlos que, con los ojos de un civilista, pues, obviamente, la relación existente con el derecho civil es fundamental.

En el caso de la resolución por incumplimiento, simplemente algunos comentarios desde los ojos del civilista.

En el artículo 36 que estamos viendo dice que «cualquiera de las partes puede resolver el contrato». Y, efectivamente, la resolución del contrato es una facultad de la parte fiel de valerse de la resolución. Pero, lo que me llama la atención siempre es el inciso 1. Dice: «por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilita de manera definitiva la continuación del contrato».

Y ahí sí la verdad que no llego a entender muy bien cómo es eso de que «puede» resolver el contrato y no que el contrato se resuelva automáticamente, como señala el Código Civil.

Si el contrato, si la prestación, para ser más preciso, se torna imposible de manera definitiva, no hay posibilidad de que el contrato subsista, por lo tanto, ese puede está de más. El contrato se resuelve automáticamente. Hay solo dos supuestos de resolución automática en el Código Civil: (i) el supuesto de la imposibilidad sobreviniente; y (ii) el supuesto de la condición resolutoria. Todos los demás supuestos son por iniciativa de la parte fiel. Pero, entonces, resulta curioso que, en el caso de la imposibilidad por fuerza mayor, la parte fiel pueda —y reitero— no se resuelva el contrato de manera automática.

Otras cuestiones que son, particularmente, curiosas es la referencia al incumplimiento injustificado. El OSCE ha considerado que, cuando se habla de «injustificado», se refiere a causa imputable. Sin embargo, desde el derecho civil, una cosa es que sea injustificado y otra cosa es que sea por causa imputable. Cuando lo vi por primera vez, pensé: «¡Caramba! En la normativa de contratación del Estado, no se requiere que la resolución sea imputable, sino que basta que sea injustificada como dice un sector de la doctrina del derecho civil.

Sin embargo, cuando uno analiza algunas opiniones del OSCE, el OSCE considera que es «injustificado», es un supuesto de causa imputable.

Por una cuestión de tiempo, permítanme pasar al tema de las penalidades, que es un tema que, particularmente, me ha llamado siempre la atención en materia de contrataciones del Estado.

Es muy común en los procesos de contrataciones del Estado, encontrar estas afirmaciones. Primero que se declare la ineficacia de la nulidad de las penalidades aplicadas y descontadas que ascienden a la suma de tanto. Primera afirmación.

Segunda afirmación. De ampararse la primera pretensión, se ordena el reembolso de la suma a la cual le fue descontada la valorización. Y el tercero es el procedimiento de imposición de penalidades.

En cuanto a lo primero, que se declare la eficacia de la nulidad de las penalidades aplicadas, pues me llama la atención siempre, porque no veo cómo se pueda declarar la ineficacia y la nulidad de las penalidades. Podrá ser nulo e ineficaz el pacto de la penalidad, pero no la penalidad que se aplica.

La penalidad podrá ser exigible o no exigible. Podrá significar que uno está en desacuerdo considerando que no se ha dado el supuesto de hecho para poder darle lugar a la aplicación de la penalidad. No se ha dado la lesión de crédito prevista, pero no es un supuesto de ineficacia y nulidad porque no se está discutiendo, si el pacto de la penalidad es válido e ineficaz. Solamente la ineficacia de la nulidad se puede referir a un acuerdo; es decir, a un acto jurídico o a un negocio jurídico, como queramos llamarlo, pero no es el supuesto de la penalidad.

El segundo supuesto supone que, cuando se aplica una penalidad, se está haciendo una suerte de retención, y eso no es así. Cuando se aplica la penalidad, en realidad, lo que se está haciendo es descontar. Se descuenta de las valorizaciones, desde el punto de vista del derecho civil, se está compensando. Alguna vez también discutía con algún colega con relación al hecho de la compensación porque por ahí hay una norma en el Código Civil que no se puede compensar deudas del Estado, pero que no es el supuesto al que se refiere. No es el caso de la compensación prevista en la Ley de Contrataciones, que no se le llama compensación, se le llama descuento, pero, finalmente, vamos a aplicar: camina como pato, grazna como pato, es un pato; es una compensación, nos guste o no nos guste; y, por lo tanto, si la penalidad, finalmente no fue correctamente aplicada, lo que se debe hacer es pagar lo que se pagó de menos. No es un reembolso, no es que se haya retenido algo.

Y, finalmente, el tema del procedimiento. Esto es algo que, particularmente, siempre me llama la atención.

Se discute, normalmente, el contratista discute normalmente que no se ha seguido el procedimiento. Que se ha afectado su derecho de defensa. No se le ha dado la oportunidad de defenderse respecto de la penalidad que ha sido aplicada. Y me llama la atención porque, curiosamente, en la noción de sanción, cuando el OSCE y algunos organismos reguladores hacen referencia a la cláusula penal, utilizan en sus informes las normas del Código Civil. Sin embargo, paradójicamente, resulta que por ahí encuentro que dice: «de acuerdo a la función sancionadora, no se aplican las penalidades, digamos, tal organismo tiene la función de aplicar las penalidades.

¿Qué función sancionadora? La penalidad no es una sanción, no es un procedimiento sancionador el que se aplica con la penalidad. Y el mecanismo de defensa es, precisamente, el convenio arbitral. ¿Para qué se ha previsto el convenio arbitral? Si el contratista considera que no correspondía la aplicación de la penalidad, para eso tenemos el convenio arbitral. No es necesario un determinado procedimiento. Es cierto que, en la figura de las otras penalidades, por ahí habla del procedimiento. Pero, fíjense ustedes, ¿qué significa establecer un procedimiento en las otras penalidades? ¿No es acaso una suerte de cláusula escalonada? Es decir, que antes de ir al arbitraje a discutir si la penalidad estuvo bien o mal aplicada, ¿no debemos, no se debe discutir, previamente, si la penalidad se aplicó bien o no fuera de sede arbitral? Me parece que estamos más cerca de una cláusula escalonada, que a un procedimiento sancionador.

De hecho, la penalidad no es una sanción. Por eso hasta ni siquiera cuando se utiliza el verbo imponer, no me gusta mucho porque, en realidad, no se impone la penalidad. Si se da la lesión de créditos prevista, la penalidad se hace exigible. Ese es el supuesto y la discusión puede estar, simplemente, en el hecho de, si se dio o no se dio el supuesto hecho. Si se dio o no la lesión de crédito, o si

es imputable o no es imputable. Esa es la discusión, pero no es un tema de nulidad. No es un tema de ineficacia. Es un tema de exigibilidad.

Y la otra cuestión, y con esto termino, es con el tema del de la reducción de las penalidades en la normativa de contrataciones del Estado. Se suele pedir la reducción de la penalidad en función del artículo 1346 del Código Civil, y he escuchado algunos comentarios respecto a que no sería aplicable la reducción de la penalidad porque es la propia norma la que establece la fórmula de la penalidad. Es decir, legalmente se ha establecido la penalidad; y, por lo tanto, si legalmente o reglamentariamente se establece la penalidad, no sería posible la reducción.

Pues bien, yo creo que es todo lo contrario. Es, precisamente, porque legalmente se establece la penalidad, es que es posible que la penalidad sea excesiva; y, probablemente, es lo más común que sea excesiva. ¿Por qué razón? Porque, si la penalidad, en su función sustitutiva implica una determinación anticipada de los daños y perjuicios, veo muy difícil que se me pueda decir que, aplicando una penalidad, que es igualita a una fórmula para aplicar la penalidad, que es igualita para todos, variando solamente el monto del contrato, se me pueda decir que se ha determinado anticipadamente los daños y perjuicios.

Eso es imposible. Entonces, es mucho más probable que la penalidad que se aplica de acuerdo al reglamento tenga una función punitiva que una función sustitutiva. Y es en la función punitiva donde puede existir, precisamente, el hecho de que la penalidad sea manifiestamente excesiva. Es en ese supuesto y no en otro. Y, de hecho, muchas veces se aplican penalidades por la no presentación de un informe, donde es evidente que el daño no existe. Ahora, no necesita existir un daño para que exista una penalidad. De hecho, la penalidad cumple una función disuasiva; y, por lo tanto, la penalidad, sin duda alguna, puede y podría ser mayor, efectivamente, al daño real sufrido. Pero, insisto con esto y con esto acabo, desde el punto de vista del derecho civil, no cabe la menor duda de que, precisamente, porque tenemos una penalidad establecida bajo el reglamento, es donde es mucho más probable que la penalidad sea excesiva.

No digo manifiestamente excesiva, pero excesiva, probablemente, sí lo sea. Habrá que analizar, en cada caso, si lo es. Si es manifiestamente excesiva, como dice alguna norma por ahí, groseramente excesiva, con lo cual, desde mi punto de vista, no cabe ninguna duda de que sí es posible la reducción de la cláusula penal, en función de la norma del Código Civil.

Con esto acabo para no prolongar más el asunto, y para que Gonzalo no me castigue con el tiempo.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Ya te escribí en el chat. Qué bueno. No lo has visto. Gracias, Luciano.

Luciano Barchi Velaochaga: Muchas gracias, Gonzalo.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Laura, adelante, por favor.

Laura Castro Zapata: Gracias, Gonzalo.

Qué temor, ¿ah?, formar parte de esta mesa. He visto los dos mensajes que has mandado, pero así «ya se acabó». Espero que seas más bueno conmigo.

Bueno, voy a poner mi cronómetro, a ver.

En primer lugar, quisiera dar mi agradecimiento a la doctora, porque es doctora, Marlene Anchante, que es la directora del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica y a Silvia Rodríguez, que

también es abogada doctora, secretaria general del Centro de Arbitraje, por esta invitación de participar en este congreso que cada año la universidad lo hace, y un saludo especial a todos los miembros de esta mesa.

A ver, referimos a la relación entre los contratos del Estado y los contratos de derecho privado, implica, yo diría, ingresar a un mundo así de enormes alcances y muchas aristas.

No constituye objeto, diríamos, de esta conversación o de esta reflexión la comparación entre los contratos de derecho privado y aquellos que se celebran bajo el amparo de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento.

Lo que nos ha planteado esta mesa es, si existe una relación entre el derecho privado y los contratos del Estado en los arbitrajes, precisamente, de modo tal que este análisis versará sobre las materias que en ellos son objeto de litigio y que se derivan de esta citada relación.

Resulta complejo establecer una línea divisoria entre el derecho privado y el derecho público, a pesar de lo cual nos queda claro que el derecho público, más allá de todo lo relacionado al derecho administrativo, comprende a los contratos que el Estado celebra con particulares, habida cuenta de que, por más de que el Estado actúe como un contratante más, en realidad, no lo es, dado que los mecanismos para contratar están regidos por una normativa especial que establece cómo es que se debe de contratar con el Estado y sus dependencias.

Los mecanismos a través de los cuales el Estado contrata, usualmente, no constituyen materia controvertida en los procesos arbitrales, a menos que una de las partes pretenda la nulidad del contrato, lo que, en realidad, no es moneda corriente en tanto aquello que suelen ser controversias, son temas relativos a la ejecución o inexecución de las obligaciones.

Esto equivale a decir que aquello sobre lo cual las partes, en un arbitraje, son las obligaciones nacidas del contrato y no, por lo general, el contrato que dio lugar a estas obligaciones. Y, como todos sabemos, la normativa sobre contratación estatal, pues, no regula las materias generales de derecho de contratos, ni tampoco las comprendidas en derecho de obligaciones o lo que es el acto jurídico, estando todas ellas contenidas, más bien, en el Código Civil. Y es, precisamente, este, yo diría, el punto de contacto o relación entre el derecho privado y los contratos del Estado en los arbitrajes.

Esto significa que, en los contratos arbitrales, más allá de la aplicación de las normas particulares sobre contratación estatal, siempre serán aplicables las normas generales de derecho privado, a menos, claro está, que el derecho público tenga preceptos especiales, como bien lo dijo y lo señaló Luciano.

Podemos hacer un repaso sobre esta normativa, no muy larga, por el tiempo, obviamente, mencionando algunos preceptos civiles a título meramente ilustrativos, que son de aplicación recurrente a los arbitrajes en materia de contratación pública.

Yo diría que, en primer lugar, en sede de acto jurídico, por ejemplo, podemos mencionar aquellos casos en los cuales se demande la nulidad del contrato celebrado por tener este fin ilícito o por no haberse celebrado con observancia de la forma prescrita por la ley.

También resulta de enorme relevancia el tema de representación, tanto para la celebración del contrato o de cualquiera de los actos que tenga lugar en su ejecución, y ni qué decir de lo que respecta a la interpretación de los actos jurídicos cuyos principios interpretativos son muy recurridos, cuando de lo que se trata es de dilucidar algún reclamo que tenga que ver con los alcances de las obligaciones.

Y, bueno, no nos olvidemos de las reglas referidas al cómputo de plazos que no servirán, justamente, a efectos de poder constatar si las prestaciones o los actos contractuales se han cumplido o se han ejecutado de manera oportuna o de manera extemporánea.

En lo que respecta, eso a acto jurídico, en lo que respecta a derecho de obligaciones, son muchos los temas ahí relevantes.

Empezaremos por mencionar el principio de identidad, regulado en el 1132 del Código Civil, habida cuenta de que en los múltiples procesos constituyen materia controvertida la idoneidad en la ejecución de las prestaciones, y la misma que no se haya regulada, obviamente, en las leyes de contratación pública, pero se aplica el Código Civil; y lo propio podemos decir del deber de conservación del bien que tiene todo proveedor de bienes o ejecutor de obras hasta que ellos entreguen, justamente, a la entidad contratante estos bienes. Y no cabe duda también de que se aplican a los arbitrajes con el Estado todo lo relativo a la teoría del riesgo, 1138 del Código Civil y siguientes, en caso los bienes que se tenía que entregar, se pierdan después de celebrado el contrato, pero antes de la entrega de los mismos.

Aquí los principios son idénticos en derecho privado y en derecho público; en derecho de contratación pública, rigiendo como regla general el *periculum est debitoris*, en caso de pérdida de los bienes sin culpa de las partes. Quien corre el riesgo de la pérdida de la contraprestación es el deudor, y en buena cuenta, si nos detenemos observar, son aplicables a los contratos del Estado todos los principios generales de las obligaciones de dar, hacer, de no hacer; y, naturalmente, respetando siempre las normas especiales que hubiera para cada caso en concreto. Y, en sede Estatal, el Estado suele contratar con un solo sujeto, pero cuando contrata con un consorcio, la responsabilidad de las empresas consorciadas frente a la entidad estatal será de carácter solidario. Eso lo encontramos en el TUO, el 3225, motivo por el cual resultaría aplicables, pues, los principios en el Código Civil.

Ahora, el reconocimiento lo referente al reconocimiento de las obligaciones, por ejemplo, si bien aplicable a la contratación estatal, en la práctica no tendría mucha relevancia en la medida que los contratos que celebre el Estado constan por escrito, y salvo, naturalmente, pues, que el contratista o el Estado hubiesen negado su existencia.

Y también vemos el tema de la transmisión de las obligaciones. Ella no constituye, por ejemplo, una regla general en materia de contratación pública, salvo, naturalmente, que el contrato permitiese transmitir la calidad de acreedor a un tercero, lo que no ocurre en sede de contratación pública.

El pago, otra figura de obligaciones que constituye la ejecución de la prestación debida, lo que se entiende así tanto en derecho privado y en derecho público. No hay dos acepciones diferentes, y en razón a ello, todas las obligaciones asumidas por los contratantes con el Estado, y aquellas que asume el Estado, justamente, con estos primeros, deben ser pagadas rigiéndose por los principios civiles de identidad, integridad, localización y oportunidad que son los principios que rigen al pago.

Ahora, nótese, por lo demás, que en sede de contratación pública, los márgenes que tienen las entidades públicas con respecto a flexibilizar estos principios, en realidad, son verdaderamente reducidos, a diferencia de la contratación privada, debido a que las leyes de la materia tienen que ser inflexibles por que hay un resguardo del interés del Estado.

En cambio, entonces, en los contratos estatales no se podría celebrar, por ejemplo, pues, una dación en pago o una novación, ello a menos que las partes hubieran celebrado una adenda contractual.

Siempre, en sede de pago, debemos decir que la regla en las obligaciones contractuales que asume el Estado peruano, se rigen por el principio del nominalismo, lo que equivale a que se deberá el número de unidades monetarias pactadas. Y esto puede tener excepciones siendo el caso más representativo el de la expropiación, regida por el artículo 70 de la Constitución y el 1236 del Código Civil y la ley especial de la materia, caso en el cual estamos en presencia de una deuda de valor, y no frente a una deuda dineraria. Y aquí, simplemente, pues, el sujeto pasivo de la expropiación va a discutir con el Estado el valor del bien expropiado.

En sede compensatoria como, justamente, lo indicaba Luciano, el Código prohíbe la compensación entre particulares y el Estado, pues, salvo en los casos permitidos por la ley expresamente.

Y la condonación, que es otra figura, otro medio extintivo de las obligaciones, también dentro del Libro de Obligaciones, de una deuda, es, absolutamente, inusual en los contratos con el Estado; y si el Estado fuese la parte condonante, pobres funcionarios públicos que van a autorizar porque ellos incurrirían en responsabilidad.

Y, de otro lado, bueno, yo nunca he visto a alguien que contrate con el Estado y que se le perdona, pues, siquiera un céntimo. Entonces, ahí cuidado.

Por otra parte, dada la naturaleza de la consolidación, ella, pues, resulta casi imposible en contratación estatal, a menos que estemos hablando, pues, de la deuda que una entidad tiene para con otra con la que ha contratado, y que, por norma legal posterior, una de esas entidades fuese absorbida por la otra, y aquí se presentaría, pues, el supuesto de la consolidación en la que se unirían en una misma persona, la calidad contradictoria de deudor y acreedor.

La transacción, otro medio extintivo de las obligaciones. Para transigir con el particular, con quien contrató el Estado, se requiere, pues, que el titular de la entidad tenga que autorizarlo, y en todos los años que, bueno, yo vengo ejerciendo como árbitro, yo no he visto que o no he sido testigo de un solo caso en el cual se haya transigido en contratación estatal, y los funcionarios públicos, pues, siempre tienen el peligro latente de las labores del control posterior que tiene Contraloría.

Por otro lado, no cabe duda de que gran cantidad de prestaciones materia de los procesos arbitrales en sede de contratación estatal, versan sobre obligaciones que se alegan han sido incumplidas, lo que motiva que se exija el cumplimiento, o, de ser el caso, se resuelva el contrato, figura que ha sido analizada por Luciano.

Y, en esta sede, son innumerables los procesos que las partes reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios patrimoniales, e, inclusive, hasta el daño moral. Entonces, aquí la culpa o el dolo que deben estar presentes para poder reclamar tales indemnizaciones, las mismas que no procederían reclamar, salvo pacto distinto en los casos. En el caso de las obligaciones, hubiesen sido dejadas de ejecutar por causas no imputables, y las normas relativas a la prueba del incumplimiento coinciden en contratación del Estado, presumiéndose que el incumplimiento obedece a culpa leve del deudor, salvo prueba en contrario.

Entonces, también será muy importante lo relativo a la carga probatoria, la que correspondiendo a aquel que alega a haber sufrido el daño o perjuicio, teniendo siempre los árbitros esa facultad establecida en el Código Civil, en el sentido de que, si el resarcimiento no pudiera ser probado en un monto preciso, deben fijarlo con valoración equitativa. O sea, no obstante, en estos casos no hay que olvidar que se debe probar que existe daño porque, si no se prueba la existencia del daño, pues, no cabría aplicar lo dispuesto en el Código Civil ni en sede de controversias de derecho privado, ni en contratación pública.

Ahora, ni qué decir de la mora tratada hace un rato por Luciano, institución importantísima para derivar efectos indemnizatorios o resolutorios, y de la cláusula penal la misma que, en sede de contratación pública, lleva el nombre de «penalidades», haciendo complicada ahí la aplicación de la norma que establece que el juez, a solicitud del deudor, pueda reducir equitativamente la pena, cuando sea manifiestamente excesiva, o, cuando la obligación principal hubiese, en parte o irregularmente, cumplida.

Y aquí hago anotación de un laudo que me parece que Gonzalo, como parte del tribunal, se pronunciaron sobre un tema muy interesante que lo estaba leyendo.

Para ir concluyendo estas breves palabras, y antes de que me corte Gonzalo, nos referiremos, pues, a las normativas en sede de contratos parte general. Ahí sí se aprecia una enorme importancia de su aplicación supletoria a la contratación pública, esta última normativa en la que, todos sabemos, no se regula la noción del contrato, ni su celebración, ni su fuerza obligatoria, ni los deberes contractuales de buena fe, pero, por supuesto que sí son aplicables las normas que prohíben a determinados funcionarios a contratar con el Estado. Esto, más allá de lo establecido en las normas especiales, y hay temas muy importantes, y aquí yo prefiero no pronunciarme al respecto, porque justo tengo un proceso en el que tengo que manifestarme al respecto, pero sí debo decir que hay temas muy importantes sobre los que se discute su aplicación en contratación pública, como son la regulación y remedios de los contratos con prestaciones recíprocas, tales como la excepción de incumplimiento y la excepción de caducidad de término. Son temas, digamos, muy discutibles respecto a los cuales prefiero no pronunciarme.

Y, por otro lado, tenemos los remedios resolutorios en sus diversas formas, y las cuales se deben de ajustar, como señalaba Luciano, a los mecanismos resolutorios previstos en las leyes de la materia.

Y también resultan de aplicación a la contratación pública, la excesiva onerosidad de la de la prestación que, dicho sea de paso, resucitó a raíz de la pandemia y las obligaciones de saneamiento, en especial, las relativas a los vicios ocultos que se encuentran o que encuentran especial tratamiento dentro de lo que es el contrato de obra.

Y, bueno, y ni que decir, pues, de los preceptos especiales de contratos típicos, naturalmente, a menos que ellos se opongan a otros particulares. Entonces, y hay varias figuras, el de la caducidad, etc., en realidad, como vemos, hay una relación entre el derecho privado y los contratos del Estado en los arbitrajes. Esta relación es fuerte y es abundante, pero ya yo sé que no debo hablar más; y, sin duda, podríamos hablar más, y cumpliendo la oportunidad de mi obligación dentro del plazo, cedo la palabra a Gonzalo, habiendo concluido. Me he pasado en dos minutos, discúlpame, Gonzalo, pero...

Gonzalo García-Calderón Moreyra: No, no. Está perfecto.

Le toca el turno al doctor Gastón Fernández Cruz.

Gastón Fernández Cruz: Buenas noches. En primer lugar, para agradecer, como siempre, a mis buenas amigas Marlene Anchante y Silvia Rodríguez por la invitación. Siempre es un placer participar en estos congresos de arbitraje del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, para hablar con propiedad. Y, obviamente, un placer compartir mesa con mi querido amigo y compañero de promoción, Gonzalo García Calderón, árbitro, además, renombrado y con, obviamente, mis amigos y también compañeros en diversos tribunales arbitrales, como son, pues, Luciano Barchi y Roxana Jiménez; y a Laura, que no he comparado, pero, obviamente, nos conocemos ampliamente.

Bien, en realidad, el tema que yo voy a tratar es un poquito más amplio, pero conciso, sobre lo que era el título que dijo Gonzalo. En realidad, yo pensaba hablar muy, digamos, conciso sobre la responsabilidad civil del árbitro y que, finalmente, si es que debe ser ubicada entre la responsabilidad funcional o la responsabilidad profesional.

Y esto es importante ¿por qué? Porque, a raíz del artículo 32 de la Ley de Arbitraje, como sabemos, es el artículo que se pronuncia sobre la responsabilidad civil de los árbitros, señala, literalmente, que la aceptación obliga a los árbitros; y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable.

Y esto ha llevado a que un sector de la doctrina arbitral peruana sostenga que, básicamente, la limitación de responsabilidad que contiene la Ley de Arbitraje es una que, en rigor, digamos, excluye

en todos sus aspectos, a la culpa leve en que pueden incurrir los árbitros en la tramitación de un arbitraje.

Yo sostengo siempre que, finalmente, el derecho civil es tan importante porque es transversal a todo lo que es, finalmente, las materias del derecho. Y este es un tema, justamente, puntual donde se ve que, normalmente, quien no conoce de derecho civil puede llegar a estos equívocos en una afirmación como la realizada. Y me explico, salvo que, finalmente, se fundamente en la teoría jurisdiccional del arbitraje.

Limitar la responsabilidad general del árbitro en materia arbitral a la culpa grave o al dolo, en realidad, es, básicamente, tomar la imagen del árbitro como si fuera casi un funcionario. O sea, la responsabilidad del juzgador-funcionario, por llamarlo así. Y esto, en realidad, como sabemos, no es así. Y, peor aún, cuando hay algunas personas que escriben sobre arbitraje que optan por la teoría contractualista; y, sin embargo, afirman la limitación de la responsabilidad estrictamente de los árbitros al dolo o culpa grave.

Y me explico. Como sabemos, el modelo de lo que es el juzgador-funcionario es, obviamente, propio de la responsabilidad civil de los jueces. Y, dentro de ese esquema, como sabemos, básicamente, se ha movido la responsabilidad civil de los jueces entre cuatro sistemas, en teóricos y prácticos, que pudieran plantearse. El primero, es, obviamente, el principio de si hay responsabilidad del Estado-juez, donde se deriva o desde el principio medieval de que la corona no puede, pues, equivocarse, y se afirma que, al fundamentarse todo el poder jurisdiccional en lo que es un principio de soberanía estatal, el juez no responde. Curiosamente, en el arbitraje internacional paralelamente es una regla también aceptada, sobre todo, en el *common law*, pero también en países del *civil law*, en el arbitraje internacional, afirmar la inmunidad del árbitro, aun cuando la evolución ha ido, justamente, hacia aceptar estrictamente la responsabilidad del árbitro hacia los supuestos de dolo, exclusivamente, o dolo o culpa grave. Pero, es curioso, como sabemos, que los principales instrumentos de regulación en los arbitrajes internacionales, o no se pronuncian sobre la responsabilidad civil del árbitro, o lo hacen limitándolo al dolo en algunos supuestos, o, finalmente, al dolo y la culpa grave. Es decir, limitando el esquema de lo que es la responsabilidad del juez.

Igual, claro, por razones distintas, se dice que, básicamente, puedes hacer responsable al árbitro, coactaría su libertad de actuación, etc., etc.

Dentro del esquema, entonces, del que estamos hablando, por ejemplo, sabemos la Ley CNUDMI, que es, finalmente, la Ley Modelo que inspiró la Ley de Arbitraje no se pronuncia sobre la responsabilidad civil de los árbitros. Sí lo hace el reglamento, y limitándolo estrictamente a lo que es la actuación, dice, si mal no recuerdo, en la regulación dice que, «salvo en los casos de falta intencional», el artículo 16 del Reglamento CNUDMI, en su versión de 1976, dice que «salvo falta intencional en la máxima medida que permita la ley aplicable, las partes renuncian a cualquier reclamación contra los árbitros».

Entonces, les decía que este esquema que base o parte de lo que es el principio de la responsabilidad del juez en la responsabilidad, básicamente, judicial en el propio sistema de la responsabilidad judicial ha avanzado hasta admitirse la responsabilidad estrictamente o exclusiva del Estado que puede recurrir contra el juez, en caso de dolo o culpa grave, o, inclusive, la responsabilidad concurrente entre el Estado, juez y el magistrado por siempre culpa grave y dolo en forma exclusiva.

Y les decía que sostener esto en la Ley de Arbitraje peruana, por lo menos, si yo sostengo entre comillas, «si alguien sostiene», mejor dicho, una tesis contractualista es, absolutamente, inconsistente.

Podría ser discutible en alguien que defienda la teoría jurisdiccional del arbitraje, y que, como sabemos, es una posibilidad claramente posible desde que la Constitución, como sabemos, estricta-

mente recoge a la jurisdicción arbitral como, finalmente, jurisdicción y como. Y, sin embargo, la discusión en torno a este punto versa, exclusivamente, en si la jurisdicción, en realidad, puede ser otorgada por los particulares.

Y se dice, por ejemplo, Cris Navarro, en España afirma, y creo que con bastante solvencia, que las partes no pueden otorgar dentro del derecho privado a un tercero, más allá de lo que tienen; y, consecuentemente, es evidente, entonces, que el poder de decidir obligatoriamente con efecto de cosa juzgada y ejecutoriada incondicionada, solo puede venirle dada a los árbitros por el Estado, y que no debe confundirse, entonces, que, siendo el origen del arbitraje voluntario, esto es una condición o presupuesto, finalmente, de lo que viene a ser el arbitraje, porque sabemos, se parte siempre del convenio arbitral que contiene la manifestación de voluntad de las partes; y, luego, el contrato de arbitraje llamado también «contrato de dación y recepción del arbitraje» que, finalmente, debían ser las dos condiciones que, fundamentales, pero como condiciones, finalmente, emergen de.

Si esto es así, en teoría, podríamos admitir, de alguna manera, que si la jurisdicción en última instancia porque lo reconoce la ley, la Constitución en nuestro caso, emana siempre del Estado, podría alguien coherentemente y recién coherentemente tratar de defender la teoría de la limitación de la responsabilidad del árbitro al dolo y a la culpa grave, exclusivamente.

En ese sentido, como digo, no debemos confundir jurisdicción con el hecho de que, en materia arbitral, los hábitos no tengan *potestas*, porque si bien las *potestas*, finalmente, la posibilidad de ejecutar coactivamente una decisión es parte de una jurisdicción plena. Es evidente que, sin embargo, no es un contenido esencial de la función jurisdiccional. Lo podemos ver perfectamente, por ejemplo, en lo que es, finalmente, la materia contencioso-administrativa, en donde muchas veces la autoridad administrativa tiene, finalmente, la potestad de ejecutar sus actos, y eso no significa que se le haya otorgado facultades jurisdiccionales a los entes administrativos; y, por lo tanto, la existencia, la *potesta*, eso lo último, dentro de una jurisdicción, básicamente, lo que hace es establecer una jurisdicción plena.

Y, por ello, es interesante, por ejemplo, lo que Roque Caivano señala, respecto a la diferenciación entre lo que es la jurisdicción judicial y la arbitral. Él dice, por ejemplo, que, en cuanto al origen de la jurisdicción, obviamente, la jurisdicción de los jueces es siempre legal, mientras que la de los árbitros es convencional, lo que sería discutible con lo que acabo de decir hace un instante, obviamente.

En segundo lugar, dice que, en cuanto a sus alcances, la jurisdicción de los jueces es siempre general, mientras que la de los árbitros es limitada a las cuestiones que las partes le han sometido.

En cuanto a la *potesta* de ejecución, ya lo hemos dicho hace un instante, la de los jueces siempre es una jurisdicción plena, y les permite ejercer la coerción y la coacción para hacer cumplir forzosamente sus decisiones, mientras que los árbitros carecen de este atributo.

Y, en cuanto al tiempo, la jurisdicción de los jueces es permanente como sabemos, mientras que en los árbitros es temporal, dado solo por la duración del arbitraje. Sin embargo, ambas jurisdicciones resuelven de manera vinculante, con efecto de cosa juzgada, las cuestiones que someten a decisión.

Y, entonces, les decía, creo que la responsabilidad civil de los árbitros debiera enfocarse, más bien, dentro del aspecto que es la responsabilidad, el otro modelo de la responsabilidad estrictamente que rige en torno a la discusión de la responsabilidad de un juzgador, que es la responsabilidad profesional; que, como saben ustedes, está recogida en el Código Civil, en el artículo 1762 del Código, en donde se limita la responsabilidad civil de cualquier prestador de servicios, entre ellos, profesionales exclusivamente a la solución de problemas técnicos y de especial dificultad.

Y, entonces, esto es importante entender porque hay quienes han creído también, malinterpretando el artículo 1762 del Código Civil, que la responsabilidad del profesional, y lo es un árbitro, es

siempre una responsabilidad limitada, lo que no es cierto, es solamente limitada para los casos, justamente, que traten problemas técnicos de especial dificultad. Lo que significa que, en la responsabilidad profesional, siempre el profesional, entre ellos, el árbitro, si lo colocamos de esa manera, responde por culpa leve. Siempre, siempre. Y solo su limitación se da en los casos en donde nosotros señalemos casos de especial solución, o que, perdón, solución de problemas técnicos de especial dificultad.

Esto, en mi opinión, es importantísimo. Fíjense, el lunes va a ser materia de una sustentación una excelente tesis del bachiller Christian Basaldúa Chíncha, en la Universidad Católica, justamente, trata sobre la responsabilidad de los árbitros. Me permito la parte porque, además, es un chico excelente que trabaja en mi oficina y ha hecho una tesis de arbitraje que muy pocos hacen. Normalmente, no se hace tesis de arbitraje, así que los invito a que la escuchen el día lunes porque va a ser sumamente interesante.

Pero, les decía que lo que estamos hablando es importantísimo, justamente, porque ello va a permitir entender que, entonces, el artículo 32 de la Ley de Arbitraje no puede entenderse como una limitación de responsabilidad que excluya siempre a los supuestos de culpa leve. Y, entonces, podemos ensayar, en los pocos minutos que me quedan, Gonzalo, te prometo que no me voy a pasar, podemos ensayar una visión general que es la que hace, por ejemplo, este chico Christian Basaldúa en su tesis.

¿Todos los supuestos que podemos imaginar en la tramitación de un arbitraje son supuestos de solución de problemas técnicos de especial dificultad? Y la respuesta es claramente un no. O sea, podríamos establecer y él lo hace, por ejemplo, una serie, un elenco de diferentes hipótesis donde podemos tratar problemas de responsabilidad del árbitro. Podemos hablar, por ejemplo, los laudos, de los errores sustantivos en los laudos; pronunciarse sobre situaciones no arbitrales; los defectos o falta de motivación del laudo; la vulneración al trato igualitario entre las partes; la renuncia injustificada de uno de los árbitros; el incumplimiento del deber de revelación; el vencimiento del plazo para laudar; la vulneración de la confidencialidad por parte de un árbitro; el impedir la participación de un árbitro en la deliberación del tribunal; la delegación de labores propios del árbitro a terceros; actos de corrupción, obviamente; y, entre ellos, el retraso injustificado de las actuaciones arbitrales, que es el tema que, finalmente, se me planteó como pregunta, y que veo justamente al final, en el último minuto que me queda.

Y es que, estrictamente, si ustedes comparan situaciones como los actos de corrupción que responden claramente a dolo; y/o, finalmente, supuestos de vencimiento del plazo para laudar que retrata claramente una situación de culpa grave. El retraso injustificado puede dar lugar, perfectamente, a una aplicación de la culpa leve en la responsabilidad del árbitro, no necesariamente una culpa grave o dolo.

Esto tendría que analizarse de acuerdo a las circunstancias como se analiza la culpa dentro del Código Civil peruano por disposición del propio Código Civil; es decir, como culpa en concreto, y esto es importantísimo, les digo, y con ello me acerco a concluir porque me acerco a los quince minutos con mi cronómetro, de señalarles, entonces, que es, en mi concepto, un grave error entender el artículo 32 de la Ley de Arbitraje en una limitación absoluta de la responsabilidad de lo que es, finalmente, el árbitro, solo en la culpa grave y al dolo.

Ese entendimiento, repito, para vía conclusiva, solo es posible de ser sustentada, y creo, con ciertas limitaciones, si se opta por la tesis jurisdiccional del árbitro, y en donde, entonces, se emite el modelo de la responsabilidad del juez.

Pero, si ponemos que el presupuesto del arbitraje es siempre una justicia privada, es decir, finalmente, el poder de decidir es, finalmente, impulsado como condición por los particulares, yo creo que la selección, además del árbitro que se basa, no solo en honestidad, sino en capacidad, por eso materias y especialidad, lo grafica como, claramente, un profesional; y como profesional que es, responderá siempre por culpa leve en cualquier supuesto, y solo por dolo o culpa grave, en los casos en donde, en el arbitraje esté resolviendo casos que puedan ser calificados, justamente, de especial dificultad.

Me pasé un minuto, Gonzalo. Discúlpame, pero quedo ahí.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: No, no. Has estado en el tiempo has estado en el tiempo.

Me toca presentar a la doctora Roxana Jiménez Vargas-Machuca.

Roxana Jiménez Vargas-Machuca: Gracias, Gonzalo.

Buenas noches con todos.

Quiero, primero, agradecer a las doctoras Marlene Anchante, y a Silvia Rodríguez por la invitación a participar en este congreso tan importante; y, sobre todo, en esta mesa con amigos y profesionales tan distinguidos, quienes, la verdad, admiro muchísimo.

Bueno, el tema que me que me toca a mí, es el relativo a los conflictos sociales y el arbitraje. Debo confesar que le di muchas vueltas porque son diversas las aristas o enfoques respecto de este tema.

Inicialmente, pensé, podría haberse considerado un ángulo, que es el relativo al impacto de los conflictos sociales en el arbitraje, lo que conllevaría considerar, por ejemplo, cómo influyen los conflictos sociales en el decurso de un arbitraje; esto es, en los partícipes de ese proceso arbitral.

Al respecto, podríamos pensar, reflexionar si los árbitros podrían ser objeto de perturbación en su análisis de la solución de la controversia, en caso se suscite un conflicto social relacionado con la materia del arbitraje, lo que podría llevarnos a considerar, por ejemplo, un elemento de eventual de afectación a su objetividad, neutralidad o imparcialidad. Por ejemplo, si se está ante un arbitraje de derecho en un caso, por decir, de obra pública, el tribunal arbitral no puede dejar de aplicar la ley especial y su reglamento, y procurar no sentirse amedrentado o influenciado por la situación que ha ocurrido.

También podría considerarse la posibilidad de que las circunstancias pudieran aportar luces, o sea, en ese mismo esquema, sobre los hechos bajo su análisis, para lo cual se tendría la posibilidad de incorporar, si así lo considerase el tribunal, pruebas de oficio.

Esa fue una primera visión que, finalmente, descarté porque las soluciones están ahí mismo.

Otra alternativa de perspectiva para este tema fue el conflicto social como causa de alteración o impedimento, por ejemplo, ya en la ejecución de un contrato, por ejemplo, en la ejecución de una obra.

Pero considero también que la normativa, en general, tanto de derecho común como el especial, por ejemplo, la Ley de Contrataciones del Estado, prevé supuestos, por ejemplo, también de fuerza mayor, lo cual será objeto de análisis, en su oportunidad, por el tribunal arbitral.

Entonces, por esas razones, descarté esas aproximaciones, esas aristas. No creo que esos sean los ángulos más apropiados para el desarrollo de este tema, el tema de conflictos sociales y arbitraje. Considero así que cabría evaluarse el arbitraje, puede alcanzar a ser un medio de solución de controversias útil, en caso de conflictos sociales. Decidí enfocarlo de esa manera.

Partiré, entonces, primero, para poder dar respuesta a ello y hacer un barrido por las distintas opciones que hay, recordaremos el concepto alcances y fuentes de los conflictos sociales.

Según la Organización de Naciones Unidas, el conflicto social es la falta de acuerdo entre dos o más personas.

La Defensoría del Pueblo, por su parte, señala que el conflicto social es un proceso complejo, en el cual sectores de la sociedad, del Estado y/o las empresas, perciben que sus posiciones, intereses, objetivos, valores, creencias o necesidades son contradictorios, creándose una situación que podría derivar en violencia.

La complejidad de los conflictos está determinada por el número de actores que intervienen en ellos: la diversidad cultural, económica, social y política, las formas de violencia que se pueden presentar o la debilidad institucional para atenderlos, entre otros elementos.

Se ha señalado que el conflicto social se refiere a la actuación de diferentes sectores interdependientes, cuyos objetivos, intereses, valores o necesidades, se contraponen, y que, en general, implica exigencias relacionadas, por ejemplo, con contaminación, mala prestación de un servicio, interrupción del transporte o exigencia de derechos, así como la generación de acciones que pueden significar una amenaza a la gobernabilidad y el orden público.

Entre los elementos objetivos, se enumeran los siguientes: recursos tangibles que están en disputa, comportamientos y acciones de las partes o actores contra el otro, impactos y consecuencias materiales de los conflictos sociales, cuestionamiento a la institucionalidad y la normatividad.

Entre los objetivos, por ejemplo, se considera, estoy hablando en términos generales, haciendo un resumen, percepciones de las partes o actores acerca del otro o sobre cómo están siendo afectados.

Las emociones de las partes o actores sobre cómo se sienten y expresan su insatisfacción y la valoración o importancia que le dan las partes o actores al recurso que está siendo afectado.

Igualmente, es importante decir que cada conflicto social tiene, por lo menos, tres elementos que lo componen: los actores, los problemas y el proceso.

Los involucrados en el conflicto social son las personas u organizaciones, cuyos intereses están directamente enfrentados, por ejemplo, los que hacen las exigencias, aquellos presuntos responsables de los problemas y los que colaboran con la solución de los problemas, como la Defensoría del Pueblo.

Los conflictos, entonces, en suma, sociales, van a revelar un malestar y una posible falla en el funcionamiento del Estado o del mercado. Por ello, hay que asumirlos como oportunidades para comprender realidades diversas y resolver problemas complejos.

Acá esto, este punto es bien importante. Los conflictos sociales pueden tener como origen, y vamos a ver que muchas veces, va a ser la consecuencia también, pero como origen, ciertas situaciones como las siguientes: corrupción, desigualdad social y económica, ausencia del Estado, crisis económicas, crisis naturales, pobreza, racismo, machismo, etc.

Las consecuencias del conflicto social, si no se manejan correctamente van a generar profundización de brechas sociales y económicas, incremento de la violencia y vandalismo, falta de acceso a derechos y recursos, aumento de la corrupción y narcotráfico, migraciones y desplazamientos forzados, malestar social.

Según la ONU, 65.6 millones de personas se han visto obligadas a desplazarse y 22.5 millones son refugiadas. Casi 20 personas de media deben abandonar sus lugares de residencia cada minuto, debido a conflictos sociales.

La Defensoría del Pueblo, en su reporte n.º 208 de junio del año pasado, señala que existen 193 conflictos sociales en el Perú, de los cuales casi el 70 % corresponde a conflictos socioambientales relacionados con la minería.

Bueno, sabemos, ahora vamos a aterrizar en el arbitraje, sabemos que el arbitraje, tal como está diseñado en la Ley de Arbitraje, apunta a resolver controversias privadas, en principio, de derechos de libre disponibilidad; y, sobre todo, también controversias comerciales.

Si bien el dar solución a controversias, aún en caso de este tipo, siempre, al menos, aunque sea tangencialmente va a aportar a la paz social, la pregunta es respecto de estos otros conflictos, con otra envergadura y naturaleza.

Aquí cabe mencionar que el arbitraje en materia de contrataciones con el Estado fue un paso adelante para alcanzar celeridad, especialización; y, por tanto, eficiencia en controversias que, si bien se da entre el Estado y una contraparte contratista, es respecto de un contrato, por ejemplo, de obra, servicio o compra pública, eso es un bien de la comunidad.

Es por esto que, siendo de interés de todos, es un arbitraje especial con reglas propias, con transparencia, con requisitos especiales. Sin embargo, como sabemos, el corsé normativo para la ejecución contractual, así como, por ende, para la resolución o solución jurídica de la controversia, han devenido en frenos terribles para el desenvolvimiento adecuado de estos contratos, lo cual no cambiará en absoluto si se derivan al Poder Judicial, como se pretende en ciertos proyectos de ley que se están conversando, que se han presentado, perdón, sino, por el contrario, en tal caso se debe, inclusive, se van a demorar muchísimo más.

Debo mencionar, en este punto y lo que quiero decir con mucha emoción, es que en estos días se ha dado a conocer, a través de redes sociales, la emisión de un laudo arbitral peruano, por el que se declara la nulidad de oficio por causa de corrupción de un convenio de cooperación interinstitucional entre entidades. La presidenta de ese tribunal fue nuestra amiga Elvira Martínez Coco.

Esto constituye un paso de gran relevancia en la lucha contra la corrupción, que es, como he descrito, fuente de conflictos sociales, así como también, consecuencia de ellos. La corrupción genera un círculo vicioso nefasto para la sociedad, genera desalientos, frustración y enardece a la población. Es un cáncer social que espero no esté en el Perú en metástasis.

Que en un laudo los árbitros tomen el toro por las astas y, de acuerdo a derecho, se nieguen a ser un eslabón más en la inmundada cadena de corrupción, legitimando actos originarios que han lesionado de modo frontal el orden público, es no solo alentador, sino que contribuye a la paz social, legitimando, además, a la institución arbitral

Quiero hacer una mención muy breve al arbitraje popular. El tiempo no quiero que me gane. Gonzalo me avisa, por favor, cuando me falten cuatro minutos porque me se me va a pasar.

El arbitraje popular, estoy, como les decía, haciendo un barrido por distintos puntos, que me parece que tocan algunos casos más frontalmente, en otros tangencialmente, este tipo de problemáticas. Sabemos que fue creado por decreto, en el Decreto Legislativo n.º 1071; y, posteriormente, el Decreto Legislativo n.º 1231 del 2015, modificó e incorporó normas y disposiciones al arbitraje popular.

Se reglamentó en el año 2008, buscando crear un mecanismo alterno de solución de conflictos al alcance de todos, a bajo costo, aunque reconociéndose que la materia que trataría, principalmente, sería la civil.

Se ha señalado que este arbitraje, en su exposición de motivos, se creó para fortalecer el derecho al acceso de justicia de todos los ciudadanos para la solución de sus controversias, a costos adecuados. Y en el único artículo que le dedica, en la modificación de la primera disposición final del Decreto Legislativo n.º 1071, materializa el interés nacional plasmado en el articulado primigenio. Este arbitraje, como sabemos, siempre es institucional, está a cargo de la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias del Ministerio de Justicia y Derechos

Humanos, y aquí ellos, esta dirección brinda el servicio del arbitraje popular a través del Centro de Arbitraje Popular Arbitra Perú.

Se ha dispuesto en este caso, en este arbitraje, que podrán someterse a este arbitraje las controversias del derecho de propiedad, posesión de los derechos, obligaciones contractuales, responsabilidad contractual y extracontractual, y toda clase de controversias de libre disponibilidad que las partes decidan acordar mediante un convenio arbitral, siempre que su estimación económica no sea superior a 20 UIT.

Creo que este tipo de arbitraje, si bien está pensado para brindar un servicio de justicia económico, célebre y eficaz, no termina de despegar en nuestro país, por lo que sería importante informar mejor a las personas acerca del mismo y fomentar su desarrollo adecuado. De ser así, quizás en algún punto logrará esa finalidad de la paz social.

También tenemos, por otro lado, el arbitraje laboral. La nueva Ley Procesal del Trabajo establece, en su sexta disposición complementaria, que las controversias jurídicas, en materia laboral, pueden ser sometidas a arbitraje, siempre y cuando el convenio arbitral se inserte en la conclusión de la relación laboral; y, adicionalmente, la remuneración mensual percibida sea o haya sido superior a las 70 unidades de referencia procesal.

Esto es, más o menos, S/ 32 200,00 (treinta y dos mil doscientos soles) al mes. Entonces, en esos casos se podrá suscribir el convenio arbitral. No está pensado, entonces, para trabajadores con ingresos menores, considerándose que el Poder Judicial les va a brindar a ellos la tutela de los derechos de mejor manera. Por ende, yo considero bastante difícil que puedan embarcarse en esa ruta hacia la paz social, tal como está establecido actualmente.

En cuanto al arbitraje laboral colectivo, sabemos que las etapas de la negociación colectiva empiezan en la negociación directa, conciliación y arbitraje o huelga.

La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que, si no se hubiese llegado a un acuerdo en la negociación directa, en la conciliación, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje. Alternativamente, los trabajadores pueden declarar la huelga, pero durante el desarrollo de la huelga pueden proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje.

Muy bien, este arbitraje puede estar a cargo de un árbitro unipersonal, un tribunal *ad hoc* o una institución representativa de la propia autoridad del trabajo en sí.

Muy bien. Lo llamativo de este arbitraje, en materia colectiva, laboral colectivo, es que el tribunal arbitral ya instalado recibe las propuestas económicas de ambas partes y, mediante el laudo arbitral va a recoger en integridad una de las propuestas mencionadas. La va a elegir y puede tomar en consideración el dictamen del Ministerio de Trabajo; y, eventualmente, la puede atenuar si la considera extrema.

Aquí quiero citar rápidamente al profesor Mario Pasco, que hace una crítica a esta norma. Él ha reflexionado respecto a este arbitraje que, incluso, eligiendo entre las propuestas de las partes, no existen norma ni parámetro que

determine cuál y por qué una de las propuestas es la más razonable y equitativa.

Él señala que, cuando un árbitro o tribunal resuelve una negociación colectiva, entonces, no está ilustrando a las partes sobre la verdad, al estilo de lo que hace un juez o un árbitro de derecho, sino que está sustituyendo sus voluntades. Las posturas de las partes en la negociación colectiva, en efecto, dice, nunca estarán bien ni mal, no habrá la correcta o la incorrecta, como que tampoco habrá un buen o mal convenio colectivo, sino, llanamente, un convenio colectivo. A diferencia del conflicto jurídico, dice, cuando dos partes negocian un pliego de reclamos, ninguna tiene razón; ambas tienen posiciones; cada uno de ellos tiene su criterio, sus motivos; cada uno de ellos representará, en caso de

ser designado el componente quizás principal de la determinación o modificación de las remuneraciones y condiciones laborales.

Entonces, él dice, en síntesis, simplificando el extremo del resultado de la negociación colectiva, en nuestro país se echa a la suerte.

Entonces, él considera que es un supuesto de imposición de un mecanismo que tiene validez en gabinetes legales, pero que no goza de legitimidad entre los intervinientes de la relación sustantiva.

Terminó citando, él dice, postulamos humildemente que eso ha de ser objeto de revisión y rectificación normativa.

Luego tenemos el arbitraje de consumo. Bueno, tiene como finalidad brindar a los consumidores un medio de solución de conflictos que cumpla con las características de sencillez, rapidez, gratuidad, y que tenga carácter vincular. Es sencillo, rápido, gratuito, vinculante, voluntario, confidencial. Puede otorgar indemnizaciones, pero no puede imponer multas al proveedor.

Este arbitraje que aún no despega, de acuerdo a las cifras que se vienen manejando, no despega del todo. Es importante la gestión de un mecanismo que permita asegurar que la autoridad, esta es una opinión, que la autoridad de consumo sea informada de hechos que puedan comprometer el interés público en la protección a la colectividad de los consumidores, con lo que debería reevaluarse lo relativo a la confidencialidad al interior de este sistema de arbitraje.

Finalmente, y acá hago cita del profesor Diego Cabrera Araujo. Él señala que es necesaria una labor conjunta entre el Indecopi, las administraciones públicas, las asociaciones de consumidores y los gremios empresariales, para promover el arbitraje de consumo entre la población. Otorgar valor al distintivo propio del sistema y garantizar el acceso a la justicia de todos los consumidores.

Finalmente, quiero cerrar porque me encontré una propuesta que me parece muy interesante, que está claro para poner sobre la mesa.

La propuesta es del profesor Renzo Valdez. Con esta propuesta él ganó el Premio Nacional de Minería que organiza Perumin, en la categoría legal y tributaria.

Su propuesta es de un arbitraje de conciencia para resolver conflictos sociales en minería. Parte él de la realidad de que los conflictos sociales generados en torno a la minería en el Perú paralizan la actividad minera y producen pérdidas millonarias. Su pronta solución, por supuesto, es clave para todos.

Él considera, con acierto, las soluciones tradicionales han resultado poco eficientes. Entonces, este arbitraje que él ha concebido para estos casos, se basan en principios de equidad y justicia más que en normas legales.

Señala que los numerosos conflictos entre las compañías mineras y las comunidades aledañas a la zona de exploración o explotación, o extracción de minerales, no tienen legislado un procedimiento de resolución, como sí sucede, por ejemplo, ante una huelga en materia laboral, pese a la magnitud e importancia que representa la actividad minera en nuestro país.

Él considera que el recurso del diálogo, en base a su experiencia, porque él se dedica a esto, entre las compañías mineras y comunidades campesinas, suele frustrarse, lo que desencadena en medidas de fuerza, por lo que se pide, al final, la intervención del gobierno. Y así señala que se politiza y se mediatiza el conflicto y se agrava.

Para él, al Estado le corresponde trabajar en acciones preventivas y tener presencia en las zonas más alejadas y recónditas del país, a las que solo llega la minería.

Él señala que en las comunidades existe una desesperanza adquirida desde hace muchos años, producto de un Estado ausente.

Entonces, se trasladan a las compañías mineras, producto de esto, estas promesas incumplidas de los políticos, lo que hace inviable, muchas veces, la actividad.

Entonces, su propuesta se basa en solucionar el conflicto ya suscitado, cuando se ha materializado la medida de fuerza y se ha suspendido la actividad minera, por ejemplo, y se ha llegado al bloqueo de vías de acceso y de otras acciones fuera del marco de la ley.

Bueno, él señala, y con esto ya ahora sí acabo, que el arbitraje que propone es de conciencia y reciprocidad en minería, que permita a la compañía minera y a la comunidad campesina resolver el conflicto oportunamente para evitar el perjuicio económico.

Él considera que, de esta manera, ninguna de las dos partes pierde. Cada una obtiene lo que iba a recibir a través del diálogo, de manera equitativa y objetiva, sin intervención del Estado.

Bueno, esto ya es un pequeño paréntesis. Me hace recorrer el caso de Bear Creek, a ver si hay tiempo de contarlo, pero que, efectivamente, justamente todo este conflicto social dirigido por este señor Aduviri, hizo que, finalmente, hubiera una reacción del Estado que generó todo un problema mayor aún, y que terminamos en el Perú en un CIADI que perdimos. Eso es lo que ocurre.

Entonces, bueno, él propone que cada una de las partes puede elegir a quien le parezca, por ejemplo, la comunidad; puede ser el sacerdote, algún dirigente. Por el lado de la compañía minera, un ingeniero de su confianza o a su jefe, inclusive, de relaciones comunitarias, y entre ellos dos elegir, designar al presidente.

Y, bueno, él señala que habría, luego de que las partes presenten sus alternativas de solución a estos conflictos, el tribunal luego va a tener una audiencia pública y debe equilibrar las alternativas de las partes, hacerlas, dice, coexistir aplicando un análisis económico para que ninguna de las dos partes pierda, y se logre la solución del conflicto.

Evidentemente, esto es un resumen muy apretado de todo ese trabajo, pero él dice también que, evidentemente, para que esto funcione y no sea una utopía, se va a necesitar, por supuesto, una concientización y capacitación en las comunidades, en las empresas sobre este medio de solución de controversias.

Bueno, no tenemos, para terminar ahora sí, una regulación sobre procesos colectivos. No lo tenemos desarrollado, no lo tenemos regulado, ni siquiera para el Poder Judicial está suficientemente regulado, y acá yo coincido con esa opinión de Luciano Barchi y Campuzano, que él señala, y me gustó mucho el trabajo que leí, que él escribió, que en este ámbito falta aún mucho camino por recorrer en el Perú, y que se debería desarrollar no solo la regulación, sino también la experiencia y la jurisprudencia en el ámbito judicial; y para empezar ahí, luego, con la experiencia en sede arbitral sobre estos conflictos.

Bueno, eso sería todo.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Muchísimas gracias a todos los expositores. Siempre tan útiles y con claridad y profundidad en sus exposiciones.

Este panel ha finalizado. Les agradezco mucho a todos ustedes por su presencia.

CLAUSURA

Walter Albán Peralta: Muy buenas noches.

Llegamos así, entonces, al final de estas jornadas que han sido intensas y muy interesantes que han tomado las tardes y noches desde el día miércoles hasta hoy viernes.

Sin duda, hablar sobre las cuestiones relativas al arbitraje, a la mediación y a las juntas de resolución de disputas, constituyen siempre temas de actualidad, y en los cuales vale la pena compartir ideas y reflexiones.

Ahora bien, el que se haya realizado este XVI Congreso Internacional por parte del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ya es un mérito en sí mismo porque marca una continuidad y una permanente preocupación por ampliar la reflexión en torno a estos temas.

Sin embargo, quisiera referirme, ya en esta parte última, a algún aspecto concreto de lo que se ha abordado y tiene que ver con el arbitraje que, sin duda, resulta ser una experiencia muy particular en el Perú, y que tiene un seguimiento, como sabemos, internacional. Y es que el arbitraje en este contexto está, diría yo, no solo afrontando retos, sino amenazas. Y, por tanto, es fundamental que se puedan evaluar propuestas que tiendan a hacer frente a estas amenazas exitosamente. De allí que varias, por ejemplo, de las iniciativas que han sido planteadas en las distintas mesas, merecerían una concreción. Y creo que en esto habría que tener especial cuidado en el rol que le corresponde a las instituciones.

Un ejemplo de estas amenazas tiene que ver con una proliferación de instituciones arbitrales que nadie controla en este momento. Y de allí que sería interesante promover esfuerzos de las instituciones serias, las instituciones que están preocupadas, tanto por el avance, en términos de competencias y de eficiencia en el arbitraje, como, sobre todo, por lo que le da sustento a esto, que es la integridad, el respeto de valores y reglas éticas.

Creo, entonces, que estas instituciones debieran hacer un esfuerzo especial por trabajar en conjunto. Y en ese trabajo, ¿por qué no examinar? ¿Por qué no evaluar lo que ha funcionado y lo que no ha funcionado bien hasta el momento? Por qué no llevar adelante nuevas reglas éticas, pero comparadas, nuevos reglamentos y mecanismos para el seguimiento de esto que puedan ser también para aplicación en cada uno de estos centros que tendrían, de esta manera, esta suerte de autorregulación para promover también estándares más elevados en materia de integridad, que eviten que otros puedan tratar de aparecer como si tuvieran las mismas apreciaciones, los mismos compromisos.

En fin, hay mucho que se puede decir sobre esto, y no es esta la oportunidad para explayarse, pero creo que cuestiones de esta naturaleza y también, por supuesto, promover iniciativas en materia de políticas públicas en arbitraje o en mecanismos alternativos de solución de conflictos, o tener opinión o incidencia importante en aquellas iniciativas que puedan plantearse, por ejemplo, en espacios como el Congreso de la República, son algunas de las cuestiones que podrían hacerse de manera más eficiente en forma conjunta.

Lo dejo allí, entonces, y ahora solo agradecerle a cada uno, cada una de ustedes por haber participado en este XVI Congreso Internacional organizado por el Centro de la Pontificia Universidad Católica, y agradecer o reiterar, más bien, el agradecimiento a cada uno de los expositores, panelistas que han participado en estas distintas mesas, tanto, por supuesto, a quienes son de casa como quienes nos han acompañado desde el extranjero.

Y, por último, reconocer también la labor que ha realizado el equipo del Centro, que ha hecho un esfuerzo enorme para que este congreso se lleve adelante, y se continúe, como decía yo, con esta

voluntad, este compromiso de estar permanentemente promoviendo espacios de esta naturaleza, donde siempre se puede fortalecer estas instituciones.

Bueno, muy buenas noches y gracias a todos y todas.

Sheyla Ojeda: Quizá la doctora Marlene quiera dar unas palabras finales para cerrar esta jornada.

Marlene Anchante Rullé: Y, bueno, quisiera aprovechar para agradecer los dos paneles que se han presentado el día de hoy. Sinceramente, estamos dando mucho énfasis, mucho interés en cada uno de los temas que aquí se han desarrollado.

Esperamos que el congreso haya satisfecho las expectativas de todos los que nos han acompañado durante estos tres días, y como siempre, los esperamos el próximo año y en las diversas actividades que nosotros venimos realizando como Centro de Análisis y Resolución de Conflictos.

Un fuerte abrazo a cada uno a la distancia y buenas noches con todos.

ACTAS DEL XVI CONGRESO INTERNACIONAL DE
ARBITRAJE + MEDIACIÓN Y JRD - 2022 DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
AGOSTO DEL 2023, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ

