





**ACTAS DEL XVII CONGRESO INTERNACIONAL  
DE ARBITRAJE Y JRD - 2023 DE LA PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**



*Volumen 120 Biblioteca de Arbitraje del*

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

*Arbitraje*

**Actas del XVII Congreso  
Internacional de Arbitraje y  
JRD - 2023 de la Pontificia  
Universidad Católica del Perú**



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

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

**ACTAS DEL XVII CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y JRD - 2023  
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 2024  
Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: FM Servigraf E.I.R.L.  
Imprenta: FM Servigraf E.I.R.L.  
Calle El Alhelí 108-B Dpto. 201, Surquillo, 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 2024-08713

ISBN: 978-612-4400-72-8  
Impreso en el Perú - Printed in Peru

## ÍNDICE

Nota del editor	11
Inauguración	13
Mesa 1: Problemáticas actuales del arbitraje internacional y ¿nuevos desafíos?	21
<i>Elvira Martínez Coco</i>	
<i>Gonzalo García Calderón</i>	
<i>José Tam</i>	
<i>Irma Rivera</i>	
<i>Ricardo Ampuero</i>	
Mesa 2: Las actuaciones arbitrales desde el punto de vista procesal	71
<i>Alfredo Soria Aguilar</i>	
<i>Santiago Pereira</i>	
<i>Martín Wong Abad</i>	
<i>Giovanni Priori Posada</i>	
<i>David Ortiz</i>	

- Mesa 3: La aplicación de los *dispute boards* en el Perú.  
¿Qué nos falta para consolidarlos? 100  
*Jaime Gray*  
*Lupe Bancayán*  
*José Manuel de la Colina*  
*María Eliana Rivarola*  
*Ignacio Palacios*
- Mesa 4: Cambios imprescindibles para una  
nueva Ley de Contrataciones del Estado 133  
*Silvia Rodríguez Vásquez*  
*Ricardo Rodríguez Ardiles*  
*Ricardo Gandolfo Cortés*  
*Magali Rojas*  
*María Hilda Becerra*
- Mesa 5: La ética en los intervinientes de un arbitraje 162  
*Ana Teresa Revilla*  
*Walter Albán Peralta*  
*Roxana Jiménez*  
*Rocío Molina Escaró*

Presentación del volumen 114 de la *Biblioteca de Arbitraje*  
del Estudio Mario Castillo Freyre:

*Libro homenaje al doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla*

187

*Marlene Anchante*

*Mario Castillo Freyre*

*Carlos Garatea Grau*

*César Guzmán-Barrón Sobrevilla*

Mesa 6: Mejorar la preinversión y los expedientes técnicos  
como clave para cerrar la brecha de infraestructura  
y reducir las controversias

203

*Eric Franco*

*Luis Robas Sánchez*

*David Grández*

*Amalia Moreno Vizcarra*

*Justo Cabrera*

*Matthew Fitch*



## NOTA DEL EDITOR

Este es el volumen 120 de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*. Y la obra es una muy especial, pues se trata de las Actas del XVII Congreso de Arbitraje y JRD del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC PUCP), evento cuyas ponencias y actas hemos publicado, invariablemente, desde el primer congreso.

Además, vale la pena subrayar que este volumen, el 120, se publica exactamente dos años después de nuestro volumen 100, lo que equivale a decir que en los dos últimos años han aparecido veinte volúmenes de nuestra colección, a un promedio de diez por año, es decir, casi uno por mes.

Esto no significa que la *Biblioteca de Arbitraje* se haya convertido en una publicación de carácter mensual, sino que había varios volúmenes cuya publicación se encontraba embalsada y en estos dos años hemos logrado ponernos al día.

Resulta muy grato para nuestro Estudio y su *Biblioteca de Arbitraje* el seguir publicando las actas del Congreso de Arbitraje del CARC PUCP, centro de arbitraje de nuestra alma mater, de cuyo crecimiento, calidad y prosperidad somos testigos.

Este congreso acogió la presentación del volumen 114 de la colección, Libro homenaje al doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla, ex director fundador del CARC PUCP, cuyo denodado esfuerzo contribuyó al engrandecimiento del centro de arbitraje (y ahora también centro de juntas de resolución de disputas) de nuestra casa de estudios. La cere-

monia fue presidida por el señor rector de la PUCP, doctor Carlos Garatea Grau, quien nos hizo el honor de dirigir unas palabras en tan significativo acto.

Como siempre, nuestro agradecimiento a la señora directora del Centro, doctora Marlene Anchante Rullé, y a la doctora Silvia Rodríguez Vásquez, secretaria general de Arbitraje del Centro, por permitirnos seguir contribuyendo a difundir el contenido del congreso anual del CARC PUCP, el más antiguo congreso de arbitraje del país.

Lima, mayo del 2024

Mario Castillo Freyre\*

---

\* Mario Castillo Freyre (Lima, 1964) es abogado en ejercicio (desde abril de 1993) y socio en el Estudio que lleva su nombre; magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número (desde abril del 2010) y del Consejo Directivo (desde septiembre del 2020) de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú; director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje*, *Biblioteca de Arbitraje: serie digital*, y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa (2017-2018). Dictó muchos años en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (donde es profesor principal y está con licencia) y en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

# XVII CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y JRD - 2023

## INAUGURACIÓN

**Presentadora:** Buenas noches.

A nombre del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia de la Universidad Católica del Perú, les damos la cordial bienvenida al primer día del XVII Congreso Internacional de Arbitraje y JRD, espacio dedicado al intercambio de información, conocimiento y experiencias en materia de arbitraje y JRD.

Las palabras de inauguración estarán a cargo de la doctora Marlene Anchante Rullé, quien es directora del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

**Marlene Anchante Rullé:** Agradezco su presencia a esta decimoséptima edición del Congreso Internacional de Arbitraje y Juntas de Resolución de Disputas, organizado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universitaria Católica del Perú.

Es realmente una gran satisfacción volver a reunirnos presencialmente, luego de haber realizado las últimas tres ediciones de nuestro Congreso en modalidad virtual debido a la pandemia de COVID-19.

Asimismo, nos complace contar con la presencia de la presidenta del Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado, Laura Gutiérrez González.

El retorno a la presencialidad de nuestro Congreso anual es un hito que nos invita a reflexionar acerca de los avances y desafíos que nuestro centro ha enfrentado durante los últimos tres años.

Si miramos hacia atrás, constatamos que la pandemia fue un disparador para que el CARC PUCP pueda acelerar un proceso de transformación necesario para la sostenibilidad de nuestros servicios, la consultoría, la formación continua, arbitraje, conciliación extrajudicial, juntas de resolución de disputas, entre otros.

La transformación del servicio de arbitraje, específicamente, que aún sigue en proceso, se ha concentrado en tres elementos que interactúan entre sí. Las personas, los procesos y la tecnología.

La sostenibilidad del arbitraje como mecanismo de solución de controversias, exige que todos los centros de arbitraje entiendan que tan importante como son sus nóminas de árbitros, es contar con procesos y procedimientos eficientes, personal y miembros de soportes competentes e íntegros. Así como con un soporte tecnológico adecuado para que los arbitrajes puedan realizarse de manera eficiente y cumplir con el acceso a la justicia.

En el CARC PUCP hemos iniciado un camino de transformación digital en el que no hay vuelta atrás.

Tenemos la firme decisión de continuar administrando los procesos de arbitraje de manera virtual, lo cual no solo nos ha exigido desarrollar herramientas tecnológicas que se van mejorando conforme las necesidades de nuestros usuarios, sino también automatizar procesos para mejorar eficiencia y productividad, al igual que desarrollar capacidades de nuestro personal y de los usuarios del servicio mediante nuestros programas de capacitación en arbitraje de contrataciones del Estado, Derecho Administrativo para árbitros, entre otros.

En la actualidad, producto del camino iniciado en la transformación digital, los usuarios del servicio de arbitraje pueden presentar sus solicitudes en una mesa de partes virtual. Pueden participar en audiencias en modalidad remota, ser notificados virtualmente, entre otros, y los operadores del servicio, los árbitros, los peritos, los abogados de parte pueden trabajar desde cualquier parte del mundo.

Ahora bien, la transformación digital no es un fin en sí mismo para nuestro Centro, sino es un medio para contribuir a la administración de procesos de arbitraje con calidad, bajo los cánones de la eficiencia y de la ética.

Es por ello que, convencidos de que la ética en el arbitraje no se reduce a un código de ética ni a un discurso de ética bien intencionado, nuestro centro ha implementado un sistema de gestión antisoborno que ya tiene funcionando cuatro años, certificado por Lloyd's Register Quality Assurance bajo los requisitos de la norma ISO 37001 en la versión 2016.

Nuestro sistema de gestión antisoborno tiene mapeados cuarenta y cuatro riesgos, doce de los cuales le pertenecen al servicio de arbitraje, y cuentan con sus debidos controles. La auditoría externa de nuestro sistema de gestión antisoborno duró cuatro días de revisión minuciosa de nuestros controles de procedimientos, instructivos, procesos.

Todo este esfuerzo expresa nuestro compromiso con la ética y la lucha contra la corrupción. Quiero también aprovechar la oportunidad para comentarles, que como parte de nuestro sistema de gestión antisoborno, este año hemos implementado nuestro portal de Transparencia de Datos Arbitraje PUCP, en el cual encontrarán información desde el primer arbitraje que gestionamos en el año 2002 hasta la fecha.

Asimismo, hallarán información sobre las partes y árbitros que han participado en los arbitrajes, no solo los árbitros que pertenecen a la nómina de árbitros PUCP, sino los que no pertenecen a la misma.

Los profesionales que deseen incorporarse a nuestra nómina de árbitros deben saber que la ética es un pilar fundamental en nuestro centro, pero también lo es la disponibilidad y el compromiso para trabajar de forma eficiente y con calidad.

Nuestro compromiso es con la mejora continua. Nuestro sistema de gestión de calidad en funcionamiento por más de diez años no asegura que no cometamos errores, sino que estamos alerta a las oportunidades de mejora que nos ayuden a desarrollar procesos más eficientes para la administración de nuestros arbitrajes.

Nuestros avances y desafíos a nivel de los tres pilares que les comentaba, persona, proceso y tecnología, ocurren en un contexto, en el que, por un lado, tenemos la solidez de los fundamentos macroeconómicos del Perú, según dice el Banco Mundial, y, por otro lado, las permanentes crisis políticas y sociales que evidencian lo difícil que resulta dialogar y confiar en nuestras instituciones y no perder la esperanza de la viabilidad de nuestro país.

Nuestro Centro se sitúa, en este contexto, con la misión de contribuir a construir una cultura de paz y el Congreso que hoy iniciamos abona a nuestra misión institucional, propiciando este foro académico y profesional, cuyos protagonistas han sido elegidos cuidadosamente y son una muestra representativa de los expertos en arbitraje y juntas de resolución de disputas que hay en nuestro país.

En este sentido, durante el transcurso del presente Congreso se presentarán distintas ponencias que abarcarán temas diversos y de suma importancia.

El día de hoy, la Mesa 1 abordará las problemáticas actuales del arbitraje internacional y responderá a la interrogante sobre los nuevos desafíos que enfrenta.

La Mesa 2 desarrollará las actuaciones arbitrales desde el punto de vista procesal.

El día de mañana, la Mesa 3, tratará sobre la aplicación de los *disputes boards* en el Perú y qué nos falta para consolidarlos.

La Mesa 4 desarrollará los cambios imprescindibles para una nueva Ley de Contrataciones del Estado.

El tercer día del Congreso, la Mesa 5 se enfocará en la ética a partir de la perspectiva de los propios intervinientes en un arbitraje.

Y la Mesa 6 abordará un tema medular, mejorar la reinversión y los expedientes técnicos como clave para cerrar la brecha de infraestructura y reducir las controversias.

Muchas gracias por su paciencia y sean bienvenidos.

**Presentadora:** Las palabras de bienvenida están a cargo de la doctora Laura Lissette Gutiérrez González.

La doctora Laura Gutiérrez es abogada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con especialización en Contratación Pública y Derecho Administrativo. Posee un Máster en Contratación Pública orientada a resultados por la Universidad Laval de Canadá, así como estudios de maestría en Ciencia Política y Políticas Públicas con mención en Gestión Pública. Cuenta con más de 15 años de experiencia en contrataciones públicas, habiendo ocupado distintos cargos en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del

Estado, entre los años 2007 y el 2017, donde actualmente ocupa el cargo de presidenta ejecutiva.

**Laura Gutiérrez González:** Muy buenas tardes con todos. En nombre del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado OSCE, agradezco la invitación a este XVII Congreso Internacional de Arbitraje organizado por el Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en especial a la Corte de Arbitraje del CARC PUCP.

Espacios como este permiten acercarnos como actores protagónicos en el fortalecimiento de una institución jurídica como es el arbitraje y que en materia de contratación pública el Perú ha sido precursor en su uso o en su empleo como un mecanismo en la resolución de conflictos de índole contractual.

Reuniones como esta nos permiten, además, relevar temas de actualidad que ameritan la comunicación y colaboración entre los diferentes interesados y, además, la inclusión del Estado dentro de este diálogo a través de diferentes funcionarios y exfuncionarios enriquece aún más los objetivos de este Congreso.

Como muchos de ustedes, seguramente ya conocen, de acuerdo a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la OCDE, a nivel Latinoamérica las compras públicas implican un movimiento del 30 % del producto bruto interno.

En ese sentido estamos convencidos de que las compras públicas necesitan mantener un mecanismo eficiente para resolver las controversias, que además colaboran en dinamizar la economía y que poseen la capacidad para advertir el principio de valor por dinero involucrado en cada transacción que hace el Estado, principio que además es transversal a toda la compra pública en cada etapa que implica obviamente el uso del recurso público.

Así, también, el OSCE considera de gran provecho el mantenimiento y fortalecimiento de la Junta de Resolución de Disputas, cuyo espíritu permite, dado su carácter preponderantemente técnico, arribar a soluciones antelándose al conflicto y, de llegado este, pues en menor medida.

De otro lado, me corresponde advertir que existe un proyecto de Ley de Contrataciones Públicas en el Congreso, ya desde el 23 de junio de este año, en el cual cambia un poco el rol de OSCE respecto al arbitraje.

¿Qué hace este proyecto? Pues lo que hace es fortalecer el rol supervisor del OSCE en materia de arbitraje.

Ya OSCE no tendría, de prosperar este proyecto de ley, las funciones que ahora tiene, sino que, además, sería fortalecido en su rol supervisor y extendería esta labor a las instituciones arbitrales y centros de administración de Juntas de Resolución de Disputas. Actividad que además se prevé que sea desarrollada de manera oficiosa o a pedido de parte, y como toda acción de supervisión este proyecto de ley implica la dación de la potestad sancionadora a los centros arbitrales y a los centros de las juntas de resolución de disputas.

Esto último conlleva un cambio de enfoque y no solo eso, sino que requiere de un real espíritu de diálogo entre todos los involucrados a fin de que dicha supervisión sea efectiva y, sobre todo, genere confianza entre todos los operadores.

Sin perjuicio de ello, conocedores del impacto del arbitraje en la compra pública y del rol relevante de las juntas de resolución de disputas en lograr un gasto eficiente, de calidad y que cierre las brechas que tanto nos separan, continuaremos trabajando para alcanzar el fin público que sostiene la contratación estatal.

Dicho esto, agradezco nuevamente la oportunidad brindada y de seguro será un congreso exitoso, lleno de intercambios de ideas, valiosos aportes y colaboración constructiva.

Muchísimas gracias y bienvenidos.

## **MESA 1: PROBLEMÁTICAS ACTUALES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y ¿NUEVOS DESAFÍOS?**

**Gonzalo García Calderón:** Siempre es un placer estar en la universidad, mi *alma mater*, además en un local nuevo que no conocíamos, que es un edificio recién terminado.

Quiero agradecer al centro de arbitraje, en la persona de su directora, de la Secretaría General, y me cabe el honor de tener una mesa de lujo que va a tratar el tema de arbitraje internacional con temas bastante variados y la idea es que cada panelista tenga quince minutos y que luego ustedes puedan formular preguntas sobre los temas que se van a ir desarrollando a lo largo de estas exposiciones.

El orden para ser paritario hemos establecido que sea, mujer-hombre, mujer-hombre.

En la apertura, la reconocidísima doctora Elvira Martínez Coco. Es abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es, obviamente, una reconocidísima árbitro nacional e internacional, cuenta con muchísimos laudos, probablemente más de seiscientos laudos emitidos por la doctora Elvira Martínez, es docente de varias universidades, árbitro Ciadi, designada por el Estado peruano, y adicionalmente ha escrito numerosas obras, no solo en materias arbitrales, sino también en materia civil, que es su especialidad.

El tema de moda, el famoso financiamiento del arbitraje por parte de terceros y Elvira nos va a contar cuáles son sus expectativas respecto a la participación o no, de estos terceros financistas en los procesos arbitrales, y si cabe, evidentemente, incorporar a estos dentro del artículo 14 de nuestra legislación y dentro del marco del arbitraje internacional,

evidentemente, sí pueden ser considerados partes no signatarias en el arbitraje que se desarrolla.

**Elvira Martínez Coco:** Muchísimas gracias, querido Gonzalo. Un placer estar al lado solamente de amigos, y quiero agradecer esta invitación del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, en la persona de la doctora Marlene Anchante, muchísimas gracias.

Quiero saludar también la presencia en el evento de Laura Gutiérrez, la presidenta del OSCE.

La primera pregunta que nos vamos a hacer es ¿qué hace el financista de arbitrajes? El financista de arbitrajes, en primer lugar, analiza las posibilidades de éxito que existen en un reclamo arbitral, asume los riesgos del costo del arbitraje y financia los costos del arbitraje para una de las partes y, generalmente, busca un beneficio económico. Digo, generalmente, porque, como toda regla, pues esta también tiene su excepción.

En pantalla pueden ver el caso de Phillips Morris con Uruguay. En este caso, la tabacalera Phillips Morris demandó a Uruguay por incumplimiento de sus obligaciones bajo el TBI que tenía celebrado con Suiza. ¿Por qué? Por tener dos regulaciones legales limitativas contra sus productos de tabaco.

Uruguay tuvo el apoyo de una fundación, de una institución sin fines de lucro que promueve la lucha contra, obviamente, el consumo de tabaco, y esta fundación hizo de tercero financista gratis.

Por eso se los traigo de ejemplo, y el laudo terminó siendo favorable a Uruguay.

Entonces, la mayoría de las veces existe un interés económico por parte del financista, pero no necesariamente puede darse de este modo.

No he encontrado otro ejemplo raro, pero una golondrina, dicen que no hace el verano; es importante tener en cuenta que no siempre es así, pero la mayoría de las veces hay un interés económico.

¿Qué derechos tiene este financista? Pues a este financista usualmente se le va a pagar un porcentaje de la suma que se recupera finalmente en el arbitraje.

No tiene derecho a recibir pago alguno si el arbitraje se pierde, porque ese es su riesgo, y en este supuesto el financista obviamente pierde su inversión.

Se ha discutido y obviamente se sigue discutiendo y se seguirá discutiendo, si el financista puede ser considerado o no como una parte no signataria en el arbitraje. ¿Cuál es la definición clásica que tenemos de parte no signataria? Que el tercero que no celebró el convenio arbitral es considerado parte del proceso arbitral en dos supuestos.

En primer lugar, cuando tiene una participación determinante, en el *iter* contractual, es decir, en la celebración, en la negociación, en la ejecución del contrato, y cuando pretende derivar algún derecho o beneficio del contrato que contiene el convenio arbitral.

Sobre si el financista debe ser considerado o no como parte no signataria, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria sostiene que el financista no debe ser incorporado como parte no signataria en el arbitraje.

¿Qué razones esgrimen? En primer lugar, que no consintieron la cláusula arbitral del contrato celebrado por la parte a la que está financiando y, por ello, el tribunal arbitral no tiene competencia para ordenar que este asuma el pago de los costos.

La doctrina, en minoría y una minoría bien pequeña, propone que el financista sea incorporado en el arbitraje como parte no signataria.

¿Cuáles son estas tres teorías minoritarias? En primer lugar, la teoría de consentimiento implícito, que nos habla de una jurisdicción ilimitada y que podría tener su punto de partida, y así lo han sostenido algunos en el artículo 14 de la Ley peruana de Arbitraje, que son los casos a los que he hecho referencia hace un momento.

La segunda teoría es la teoría de la cesión, porque cuando celebra el contrato está cediendo algún derecho, y por la teoría de la cesión lo incorpora. Y la tercera teoría es la teoría de la seguridad para los costos, es decir, obviamente, para proteger al financista y que pueda después poder cobrar parte dentro del mismo proceso de lo que le corresponde.

¿Cuál es nuestra idea? Cuando hablo de nuestra idea estoy hablando de mi hijo y de quien habla, porque juntos hemos escrito un artículo sobre este tema y como ya ustedes me conocen, normalmente voy contracorriente.

Recuerdo hace muchísimos años cuando recién se promulgó el Código Civil de 1984, sostuve que el artículo 1430 del Código Civil, en el que tenemos regulada la cláusula resolutoria expresa, posibilitaba que nosotros hiciéramos un pacto con una cláusula remisiva. Una cláusula remisiva, en la que se podía decir que por cualquier obligación señalada en el contrato se podía invocar la cláusula resolutoria expresa sin necesidad de señalar taxativamente cada una de las cláusulas, porque ya estaban señaladas a lo largo del contrato.

Pues todos los juristas nacionales estuvieron en contra mía, en cuanto foro hubo y, por escrito, porque esta norma fue copiada del Código Civil italiano y todos los italianos decían otra cosa. Con el correr de los años, todos los italianos han dicho lo que yo digo: «todos los peruanos han cambiado».

Yo creo que hay que pensar por uno mismo, con total independencia de que el resto piense como uno y decir lo que se piensa. Así que voy a decir lo que pensamos en este caso.

Creemos que debemos hacer una división entre una parte no signataria contractual y una parte no signataria arbitral. Esta propuesta significa que cuando hablamos de una parte no signataria contractual, estamos hablando de aquella a la que se le atribuyen efectos derivados solamente del contrato principal. Mientras que cuando hablamos de una parte no signataria arbitral, a ella le deben alcanzar solamente los efectos derivados del acuerdo de financiamiento.

Esto nos va a solucionar múltiples problemas.

Nuestras razones: la primera vez que se puede consentir en ser parte solamente del acuerdo arbitral, ¿con los límites de qué? Con los límites del contrato de financiamiento, que es el que me acerca a la cláusula arbitral y que le permite financiar ese contrato básico.

El financiero, en segundo lugar, y esto es muy importante, tiene una responsabilidad concurrente o *in solito*; tiene los mismos efectos, exactamente que la responsabilidad solidaria que no está regulada en nuestro Código Civil, pero que es lo mismo.

Entonces, fíjense ustedes ¿qué cosa es lo que pasa en ese caso? Todos recordarán, por lo menos he visto varios de mis exalumnos, que recordarán la diferencia entre la responsabilidad solidaria y la responsabilidad concurrente o *in solito*, que no está regulada en nuestro Código. Tienen el mismo efecto, pero tienen distinta causa. ¿De acuerdo? Se puede demandar exactamente lo mismo.

Cuando usted choca con un auto y le ocasiona una lesión a una persona que está en la calle tiene una responsabilidad extracontractual y

puede demandarlo por el daño. Pero si su carro está asegurado y está asegurado por ese choque, puede ir contra el seguro por ese monto.

Eso, que es una responsabilidad solidaria, porque a ambos pueden exigirle exactamente lo mismo, en doctrina se le conoce como responsabilidad concurrente, concurren los dos, *in solito*, o también de forma no solidaria.

En este caso, sucede exactamente lo mismo. Responden por los costos tanto uno como el otro. Uno responde por el contrato de arbitraje, porque se acerca a un centro y tiene que responder por el costo, y el otro por el contrato de financiamiento que ha celebrado.

Por último, debemos entender a los financistas como partes no signatarias arbitrales, porque generan importantes beneficios. Estamos hablando de beneficios económicos. ¿Se puede consentir en esto? Pues el financista tiene una responsabilidad concurrente con el financiado por los costos del proceso, y las demandas frívolas financiadas, pues obligan al demandado a asumir costos, y evitaría las demandas frívolas, porque estaría ya la cara de quien está detrás.

Si el financiado pierde el arbitraje —y este es un efecto económico importante—, el financista tiene una responsabilidad concurrente con el financiado por los costos del proceso. Y es un derecho de naturaleza, obviamente, extracontractual contra el financista y contractual contra el financiado.

¿Qué pasa si aplicamos la teoría de esta manera?

Pues va a brindar seguridad al financista, porque limita su responsabilidad, simplemente acordada en el financiamiento, jamás le va a ocurrir a nadie exigirle lo que le tendría que pagar a la contraparte como resultado del proceso, que está sucediendo actualmente en algunos lados. Si el financista asume además los costos adversos, el financiado va a tener,

obviamente, un interés primordial en revelar el financiamiento. Si el financista no asume los costos adversos, él será el interesado en revelar el financiamiento. Y como comprenderán ustedes, es obviamente un incentivo económico para resolver el ocultamiento de los financiamientos que existen actualmente.

Este financiamiento es importante para conocer para todo tribunal arbitral, porque detrás puede estar alguien que puede manejar el proceso a nivel de las amistades, puede manejar el proceso a nivel familiar y está ocultando la verdadera cara de la relación que puede tener con alguno de los árbitros. Y eso es algo que no debemos permitir. Y creo que esta teoría nos podría ayudar en ese sentido, porque se permite que se conozcan las relaciones de los árbitros con los financistas.

Hay que cambiar y hay que optar por un cambio que resulte beneficioso para el arbitraje, que resulte beneficioso para la transparencia, y que no importa que seamos minoría, porque la minoría en algún momento se convierte en mayoría. Cambiar no siempre equivale, señores, a mejorar, pero para mejorar, necesariamente, hay que cambiar. Y espero que todos y cada uno de ustedes me ayuden en esta lucha por el cambio.

Muchas gracias.

**Gonzalo García Calderón:** Gracias, Elvira.

Vamos a darle el uso de la palabra al doctor José Tam. Él es abogado por la Universidad de Lima, tiene estudios de posgrado en la Universidad Complutense de Madrid. Es socio del Estudio Rodrigo Elías y Medrano, presidente de la Cámara de Comercio Peruano China, presidente del Capítulo Peruano del Club Español de Arbitraje, y él nos va a hablar sobre un tema también igual de interesante que el que acaba de comentar Elvira, que son las cláusulas escalonadas en el arbitraje tanto nacional como internacional, y un poco lo que quiero preguntar, y probablemente sea materia de su exposición, es si es necesario o no optar por estas

cláusulas escalonadas y si esto, de no hacerse, es causal de anulación de los laudos arbitrales que no han seguido o no han guardado este acuerdo, este pacto expresado en los contratos.

**José Tam:** Muchas gracias, Gonzalo. Agradecer la invitación al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica, y permitirme compartir esta mesa con extraordinarios amigos y profesionales.

Como ha adelantado ya Gonzalo, el tema es cláusulas escalonadas y es un tema que trasciende la jurisdicción local. Es un tema que se ha convertido prácticamente en un estándar local y también internacional, tanto en contratación privada como en contratación con el Estado. De hecho, el uso de cláusulas escalonadas es un mecanismo absolutamente recomendado por las principales instituciones arbitrales del mundo, pero como Gonzalo ya adelantaba en su pregunta, nos genera varias cuestiones. Y creo que la primera cuestión es de conciencia.

Como toda cláusula en un contrato, las partes tienen que estar conscientes de lo que están pactando, y en las cláusulas escalonadas, voy adelantando un poco mi posición, lamentablemente, me da la impresión que esa conciencia no es absoluta.

Uno suscribe la cláusula escalonada y luego se quiere salir de ella. ¿Por qué? Porque quiere saltarse el procedimiento que yo llamo número uno. No me gusta llamarlo procedimiento previo al arbitraje, porque precisamente de ahí parten una serie de errores conceptuales.

Una cláusula escalonada no estamos pactando un arbitraje con un requisito previo. Así creemos que estamos pactando un arbitraje con un trámite previo. No. Estamos pactando dos mecanismos de solución de controversias en una sola cláusula, es una aproximación totalmente distinta. Tan importante el número uno como el número dos. De hecho, ¿por qué se promueve su uso? Se promueve su uso porque se intenta resolver la controversia, muchas veces bastante compleja, contiene

muchas pretensiones que con el ánimo de que estas pretensiones o estas controversias sean resueltas en lo que yo llamo el mecanismo uno, trato de no usar eso de mecanismo previo al arbitraje, porque ahí es donde nos confundimos y creemos que es un presupuesto procesal del arbitraje. No. Lo único que hemos decidido las partes en una cláusula escalonada o multinivel, es que vamos a tener dos mecanismos de solución de controversias, lo que pasa es que uno va a suceder en el tiempo antes que el otro, y guarda lógica, porque la idea es que solo llega al arbitraje aquello que no pudimos resolver en el mecanismo de solución de controversias número uno.

Entonces, de lo primero que quería llamar la atención es eso. No digamos arbitraje con mecanismo previo, porque ahí vienen las equívocas. Yendo al caso peruano, no tenemos muchas alternativas de mecanismo número uno, porque la mediación casi no existe, todavía no está desarrollada, está por desarrollarse.

No quiero ser tan pesimista para decir que la conciliación fue un fracaso, pero claramente todos la ven como un trámite previo al proceso judicial, o sea, no funcionó la obligatoriedad que le dio la ley, porque para nadie es un mecanismo, quizás en algunos casos sí, pero para la gran mayoría de personas es un trámite previo, casi como pagar una tasa administrativa para acceder al Poder Judicial.

Es que ese es el tema, nadie quiere ir al mecanismo número uno ni en la justicia ordinaria, y en arbitraje pasa en muchos casos.

Entonces, la pregunta es ¿es una etapa preprocesal, como se ha dicho en alguna jurisprudencia local o internacional? No. Reitero, no es una etapa preprocesal, y ese es uno de los grandes problemas que pueden llevar a errores jurisprudenciales.

No activa la cláusula arbitral, ese es un error tremendo. Hay quienes dicen que no transitar por el procedimiento número uno no activa la

cláusula arbitral, es decir, la cláusula arbitral no tiene vigencia, con lo cual los árbitros no tienen competencia si es que uno se saltara a la garrucha el procedimiento número uno. Eso no es verdad, la cláusula arbitral existe, es válida, los árbitros nombrados, constituidos válidamente, tienen competencia. O sea, no tiene nada que ver, el procedimiento número dos tampoco es una segunda instancia del primero, eso es otro gran error.

Hay quien cree que el tribunal arbitral tiene que revisar exhaustivamente lo que pasó en el procedimiento número uno. No, señores, no es una segunda instancia tampoco. Reitero, son dos procesos de solución de controversias distintos, lo que pasa es que están contenidos en una misma cláusula.

Pero bueno, a la pregunta de Gonzalo, un poco, la respuesta es depende, depende cómo trate cada jurisdicción este tema de las cláusulas escalonadas.

En Perú, tenemos aproximaciones diferentes, para variar, no necesariamente en una misma dirección y, además, es una aproximación paradójica teniendo en cuenta de dónde viene.

¿Qué hubiéramos esperado del Tribunal Constitucional en el caso Codisa? Porque acá también depende de la aproximación que tengamos en la naturaleza del arbitraje jurisdiccional o contractual. ¿Qué hubiéramos podido esperar del Tribunal Constitucional? Que en el caso Cantuarias 2005, dejó clarísima la aproximación jurisdiccional al arbitraje, no solo en el caso Cantuarias, sino que en otros casos también.

Si me hubieran preguntado antes, ¿qué tipo de fallo hubiera esperado del Tribunal Constitucional respecto a una cláusula escalonada? ¿Hubiera dicho que el Tribunal Constitucional no le iba a importar el procedimiento número uno, si se cumplía o no se cumplía? ¿Por qué?

Porque la aproximación jurisdiccional nos dice que no puede haber restricciones al ejercicio del derecho de acción, *ergo*, cualquier cosa que signifique un requisito previo para activar la jurisdicción sea ordinaria o arbitral no existe. No debería existir o no es oponible.

Yo hubiera esperado que el Tribunal Constitucional diga eso, pero dijo lo contrario y utilizó una frase que es: «El procedimiento uno es un imperativo vital». Lo dice así, imperativo vital, tiene que cumplirse, le da una fuerza, como digo, excepcional, me refiero a porque venía del Tribunal Constitucional y todos los antecedentes que tenía, le da una fuerza inusitada a la voluntad de las partes y a la cláusula en la que se pactó los dos procedimientos, el uno y el dos, que era el de trato directo. Ese es otro tema que voy a tratar.

Las salas comerciales, la Segunda Sala Comercial, específicamente en el caso Dazao, de la que hubiera esperado más bien un pronunciamiento más, digamos, contractualista, más tratando de hacer respetar la cláusula contractual, tal cual la pactaron las partes, más bien le quitó importancia, y dijo no, no es necesario agotar el procedimiento número uno, no es necesario, no se anula nada, vamos para adelante.

Entonces, lo que tenemos hoy es una aproximación del Tribunal Constitucional, no acorde con los antecedentes del propio Tribunal Constitucional, pero no pasa nada, pero ahí está. Y una de la Segunda Sala Comercial que sí cita el caso Cantuarias, por ejemplo, para adscribirse a una tesis jurisdiccional, digamos, de la naturaleza del arbitraje.

Entonces, no tenemos claridad, pero Gonzalo hizo una pregunta válida. ¿Qué hace un tribunal si advierte esto?

Vamos a la práctica, ¿qué hacemos? Cláusula escalonada o multinivel, como se le llama también, donde se pacta trato directo. Es que esa es otra cosa. Cuando pactamos estos mecanismos de solución de controversias, número uno, distintos del arbitraje, hay que pactarlos bien.

El Estado tiene una regulación o una forma de regular esas cláusulas con más precisión, pero en la contratación privada no es tan preciso, dice simplemente: trato directo por 30 días, o por 60 días. ¿Qué es eso? ¿Qué es el trato directo por 60 días? ¿Cómo se prueba? ¿Cómo se documenta? Porque fíjense que al Tribunal Constitucional le presentaron cartas notariales en el caso Codisa, y dijo: no bastan. No basta ese cruce de cartas notariales para que se me acredite que se dio el trato directo.

Pero ahí el tribunal no desarrolló cuál era el estándar probatorio. Solo dijo que no le valían, son las cartitas de ida y vuelta. Pero no dijo cuál era el estándar probatorio.

Entonces, cuando decimos si hay una controversia, las partes se comprometen a ir a trato directo por 60 días. ¿Cómo lo hacemos? ¿Vía WhatsApp? ¿Nos juntamos a tomar un café? ¿Nos tomamos una foto tomando el café, una *selfie* para acreditar que estuvimos juntos? ¿Grabamos la reunión? ¿Hacemos un acta con un notario? ¿Qué hacemos?

La contratación con el Estado si hay un poco más de regulación, porque hay un acta de inicio, hay un acta de fin, se documenta realmente el trato directo. Pero en la contratación privada, que es mucho lo que hemos encontrado también en materia internacional no hay mucho de eso.

Entonces, y como digo, la jurisprudencia local no nos deja claro qué necesitamos para acreditar que se dio el procedimiento uno. Pero el tribunal ya dijo que el estándar es alto, cartitas no. Cartitas de ida y vuelta vamos a hacer trato directo no, porque dice el tribunal que esas cartitas no le acreditan que se dio el trato directo.

Entonces, ¿qué hacer? Un tribunal tiene que ser conservador porque tiene que proteger la validez de su lado. ¿Cierto? Eso es como primera cuestión. Entonces, si un tribunal arbitral, fíjense lo que voy a decir, incluso si ninguna parte hubiera levantado el tema, o sea, imagínense

que el tribunal arbitral advierte que hay una cláusula escalonada. Obviamente la primera recomendación, como sucede con cualquier patología, es que sea detectada rápidamente, o sea, mientras más temprano se detecte el problema se solucionará más rápido.

¿Cuál es la solución? Si tomamos la tesis de que es un presupuesto procesal, que es errada como les he dicho, lo que tendría que hacer el tribunal es, no ser competente y este arbitraje lo declaro nulo, anulo todas las actuaciones y se acabó. Pero no es así, porque no es presupuesto procesal. Pero definitivamente el tribunal tiene que darse cuenta o acreditar o verificar, más bien, que el procedimiento número uno se haya realizado, no cómo se haya realizado, simplemente que se haya realizado y la solución que le ha dado la jurisprudencia internacional es que no pasa nada, y de hecho lo que corresponde, de hecho es con lo que yo estoy de acuerdo, es que un tribunal arbitral suspenda las actuaciones y mande a las partes a acreditar que transitó por el procedimiento uno —reitero no requisito previo—.

Con prueba suficiente, objetiva, «oye si transitamos por ahí» o, que las partes renuncien expresamente al procedimiento número uno, que claro las partes lo pactaron, las partes también lo pueden desactivar, las partes podrían decir perfectamente, «no, señores miembros del tribunal, tienen razón, nosotros pactamos ese procedimiento número uno, mediación, conciliación, trato directo, conversación directa», como queramos llamar, pero en este momento las partes renunciamos a él, estamos limpiando nuestro laudo futuro, de estas controversias que han planteado el Tribunal Constitucional y la Sala Comercial.

La otra es que las partes digan, Ok, nos vamos a transitar por el procedimiento número uno y de ahí volvemos aquí y reanudamos actuaciones y estamos limpiando el procedimiento.

Ahora, alguien me dirá, y de hecho es una posición sobre este tema en materia internacional, es, «Oye, pero a ver, un momentito, no seamos

pues ineficientes en el uso del tiempo». O sea, si ya están aquí en un arbitraje, es que no van a poder solucionar su problema ni en conciliación ni en mediación, o sea que los mandes tú a seguir el procedimiento número uno es una pérdida de tiempo, es una pérdida de tiempo absoluta, es absurdo, ya están acá, significa que no han tenido la oportunidad o no quieren arreglar sus problemas.

Bueno, eso que puede sonar lógico no es tan lógico porque lo que no llega a la competencia del tribunal es imaginar lo que puede haber pasado en algún momento o especular sobre qué pudo suceder en un procedimiento de conciliación o mediación. De repente las partes pactaron mediación y se cruzaron con un extraordinario mediador, con un extraordinario conciliador, de repente llegan a acuerdos. O de repente, de las diez pretensiones, seis se solucionan y solo cuatro quedan en el arbitraje.

Entonces, no es válida la posibilidad de que un tribunal se ponga de juez en el tiempo y diga no voy a obligar a ir al procedimiento número uno porque las partes no quieren.

¿Quién es el tribunal para decir que las partes no quieren o que no hubieran podido o que no se hubieran puesto de acuerdo en algún punto?

Las partes lo pactaron, y ya con esto termino. Vuelvo al principio, este es un tema de la conciencia con la que pactamos una cláusula escalonada multinivel. A veces nos genera más problemas que beneficios.

Es bien fácil, tenemos una controversia. Ok, si no queremos líos o pactamos arbitraje, o no lo pactamos y vamos a la justicia ordinaria, si no vamos a tener realmente la conciencia y la voluntad, las partes, de querer ir al mecanismo número uno. Si las partes quieren ir al mecanismo número uno, y de verdad quieren irse a una conciliación, a una

mediación, a un trato directo, y de buena fe negociar sus posiciones encontradas, para ver si encuentran soluciones. Si solo las partes que no lleguen a acuerdos van a arbitraje, Bueno, todo bien.

Pero si luego, cuando surge la controversia nos vamos a cruzar con la cláusula escalonada y decimos «Uy, ahora tengo que, o sea, yo quiero demandar ya, ahorita. Y tú, mi abogado, me estás diciendo que no, que tengo que ir primero al trato directo por noventa días, sesenta días. No, qué pérdida de tiempo. No, vámonos directo al arbitraje».

Si esto no lo hemos podido solucionar, no lo vamos a solucionar en ningún lado. Esa es la posición de las partes.

Pero, digamos, lo que no podemos hacer es pactar una cláusula escalonada multinivel para luego querer desconocerla. Eso es lo que no tiene absolutamente ningún sentido. Va a pasar, y ya está pasando de alguna manera, lo que les decía que pasa con la conciliación previa a los procesos ordinarios, donde nadie le tiene mucho, digamos, cariño, ni nadie tiene mucha confianza en que va a funcionar, sino que se le ve como un mecanismo absolutamente inútil por el que hay que transitar. Y eso no es una cláusula multinivel, por más que estén superrecomendadas por las instituciones arbitrales, estén de moda, sean casi un estándar ya en la industria arbitral, llamémoslo así, no tenemos que pactarlas.

O sea, creo que los abogados tenemos que instruir a nuestros patrocinados sobre en qué se están metiendo cuando firman una cláusula escalonada. Y las partes, por supuesto, y sus asesores tampoco son analfabetos, pueden leer y decirme que significa esto, yo no quiero ir a un mecanismo previo.

Pero como a veces los abogados queremos ser supersofisticados, yo digo, pacta una cláusula escalonada, está de moda, la ICC lo recomienda, la recomienda en este, la recomienda en el otro, pero no necesariamente

es lo más útil para el caso concreto que nos convoca, habrá otros casos en que sí.

Reitero, y con esto termino, si las partes están conscientes de lo que están pactando, de que quieren estos dos mecanismos de solución. Pueden poner tres también, estamos acostumbrados a dos. Pero en realidad las cláusulas multinivel escalonadas dan para poner tres o cuatro, si quisiéramos, mecanismos de solución de controversias; pero en la medida que sepamos en qué nos estamos metiendo.

Muchas gracias.

**Gonzalo García Calderón:** Gracias.

Hemos escuchado dos casos, dos exposiciones, dos temas controversiales. El tema del financiamiento de terceros. Espero preguntarle luego a Elvira qué opina respecto de laudos que han sido anulados justamente por violación del orden público, como consecuencia de que luego se descubrió que habían sido financiados por terceros que no habían salido de manera transparente a los procesos, pero eso lo comentamos después.

Quiero comentar ahora brevemente un tema, porque no todos tienen por qué estar enterados de la peor decisión en la historia del Tribunal Constitucional en el tema arbitral que es el caso Codisa.

El caso Codisa es uno emblemático de cómo fue la peor época del Tribunal Constitucional. La primera época es cuando el TC trata de entender el arbitraje y lo blinda a través del caso Cantuarias, el caso 6167.

Y luego hay una segunda época nefasta, muy mala, donde la jurisprudencia, la resolución, como quieran ustedes llamarle, emblemática es este caso Codisa, y se los cuento en tres minutos.

En el caso Codisa el Estado peruano decide privatizar determinadas materias que considera que no son de manera adecuada llevadas por el Estado y se privatiza y Entur Perú, que era dueño de los hoteles de turistas, saca paquetes de hoteles, tres, cuatro hoteles para que los interesados puedan adquirirlos.

Entonces, efectivamente, se venden los hoteles de turistas y en el contrato, era la primera época de privatización, no se había establecido una cláusula resolutoria, sino se había establecido una cláusula penal. Se había establecido que la hipótesis que no se invirtiera lo que se había establecido que debía invertirse, entonces se aplicaría una penalidad.

En fin, se liquida Entur Perú, años después lo asume Cofide, y Cofide entra a investigar esos contratos de privatización de los hoteles y se da con la ingrata sorpresa de que no habían invertido lo que tenían que haber invertido. Entonces inicia arbitrajes, a esta empresa Codisa le inicia un arbitraje a través, en ese momento, de un centro de arbitraje que ya desapareció, Cearco, con tres extraordinarios árbitros. Era la primera época del arbitraje, recién se iniciaba en los finales de los noventas, ya estaba vigente la Ley n.º 26572.

Y, entonces, el tribunal arbitral le da la razón al Estado peruano. Dice: «Sí señor, efectivamente, este inversionista no ha cumplido con realizar la inversión a la que estaba obligado. Fundada la demanda».

El inversionista, picón, se va al recurso de anulación en la Corte Superior, lo pierde.

¿Qué hace en ese momento? Aún no se había dado la tercera gran época del Tribunal Constitucional, que es el famoso caso María Julia, 142, que se da en el 2011. Es antes.

Entonces, ¿qué hace el vencido en el recurso de anulación? Presenta una acción de amparo. Acción de amparo, la pierde en primera instancia.

Acción de amparo, la pierde ante la Corte Superior. Acción de amparo, va al Tribunal Constitucional.

Hasta ese momento, todos los amparos habían sido denegados. ¿Qué hace el Tribunal Constitucional? Declara fundada la acción de amparo contra una decisión arbitral expedida en este laudo, cinco, seis años atrás, yendo en contra de sus propios precedentes vinculantes, como el caso Cantuarias y como en otros casos que habían vivido posteriormente.

Esto generó, como ustedes imaginarán, una desazón, un fastidio en toda la comunidad arbitral. Hubo comunicados.

Finalmente, el Tribunal Constitucional se dio cuenta de la gran medida de pata. Tomen la molestia de revisar el caso Codisa.

Entra a revisar pruebas. Entra a revisar lo que el artículo que ellos habían señalado en sus resoluciones anteriores está terminantemente prohibido, y que ellos lo habían señalado así en sus precedentes para los jueces. Ellos están por encima del bien y el mal y, consecuencia de ello, entraron a revisar el fondo, a revisar las pruebas. Consideraron que la pericia no había sido... En fin, es realmente, lean el caso Codisa.

Y ese es el caso que ha mencionado Pepe. Así que es un pésimo precedente para tomar en consideración. Ojalá que no se vuelva a repetir nunca más en la historia del Perú.

Y eso, finalmente, fue corregido en la tercera gran época del Tribunal Constitucional, donde cierra, finalmente, y blindo el arbitraje, ya no solo desde el momento de su inicio hasta la admisión del lado arbitral, como procedimiento arbitral, sino que blindo también el tema de las medidas cautelares, señalando que no es posible plantear acciones de amparo en la medida que es igualmente satisfactoria la vía de recurso de

anulación, salvo los tres casos que ustedes conocen perfectamente, que señala el 142, el caso de María Julia.

Entonces, ese es el caso que les quería comentar, porque no todos tienen por qué conocer el caso Codisa.

Vamos al tema, ahora, este ya no es un tema polémico, es un tema pacífico.

La doctora Irma Rivera, que ya es adoptada peruana, es abogada por la Universidad Sergio Arboleda, postgrado en métodos alternativos de solución de conflictos del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, es árbitro internacional, docente en diversas universidades, miembro del Club Español de Arbitraje, miembro del Comité Latinoamericano de Arbitraje, miembro de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje, de Arbitraje Woman, ponente, árbitro internacional, y ahora también nacional.

Así que le damos la más cordial bienvenida a Irma, que nos va a tratar sobre un tema que lo mencionó Marlene hace unos minutos, sobre el arbitraje y tecnología, herramientas en permanente y constante evolución, una mirada práctica.

**Irma Rivera:** Muy buenas noches a todos. Me siento muy feliz de tener la oportunidad de compartir este espacio con todos ustedes, me encanta venir al Perú y me siento muy honrada que me den la oportunidad de compartir algunas reflexiones sobre la tecnología y el arbitraje. Y, por supuesto, este es un tema que se ha hecho mucho más presente en nuestras vidas, especialmente después de la pandemia.

Yo creo que la tecnología es una herramienta importantísima, no solo para los métodos alternos de resolución de controversias y, espe-

cialmente, el arbitraje, sino que se ha incorporado de manera muy cercana a todos nosotros como consecuencia de la pandemia. Y aquí quisiera hacer algunas reflexiones con relación a ese tema.

Cuando todos nos enfrentamos a la pandemia, la aproximación que nosotros teníamos de la tecnología cambió radicalmente.

Mucha de la tecnología que estamos utilizando en nuestra vida diaria y mucha de la tecnología que estamos utilizando en los métodos alternos ya existía antes. Nosotros ya teníamos la posibilidad de hacer videollamadas a través de Zoom o Teams, o a través de diferentes herramientas, pero por alguna razón existía una prevención de todos nosotros de hacerlo.

Y, además, después de la pandemia y durante la pandemia aun, se empezó a hablar de la nueva realidad.

Desde mi punto de vista personal, esa realidad ya existía, simplemente nosotros no la habíamos descubierto y no habíamos hecho uso de todos los beneficios que tenía la tecnología.

Yo creo que la pandemia hizo que se generara una necesidad de comunicarnos, de poder seguir viviendo y de seguir resolviendo nuestras diferencias, así fuese a la distancia.

Creo que eso fue totalmente palpable en el contexto de nuestros países y a nivel internacional, y el reto surge especialmente para quienes tienen la facultad y la posibilidad de resolver esas diferencias administrando justicia. En algunos de nuestros países ustedes saben que el arbitraje se asimila a una forma de administración de justicia, hay países en donde eso no es así, pero, además, fue un reto que llegó de frente y de manera impactante no solamente para la comunidad arbitral, las personas que se dedican a mediación o a conciliación, sino también para la justicia ordinaria en nuestros países.

Y eso generó, yo quisiera que recordáramos esta situación en particular, que muy rápidamente, los operadores, los poderes estatales se vieron volcados a generar procedimientos, a utilizar normas que quizás existían, pero que estaban un poco olvidadas, a generar legislaciones que inicialmente en algunos de nuestros países empezaron como no permanentes, pero se convirtieron en permanentes porque se incorporaron al régimen legal y adicionalmente que existiera una relación cercana entre la tecnología y la forma en que esta debería ser utilizada.

Yo creo que además algo que ha pasado y no sé si ustedes lo han notado, es que hoy en día hablamos de una nueva generación de conflictos. Estamos hablando de conflictos que se presentan a nivel internacional y que necesitan resoluciones rápidas y eficientes, con la pandemia, por ejemplo, las compras en línea se multiplicaron exponencialmente, actividades e intercambios comerciales, por ejemplo, relacionados con las criptomonedas, se dispararon.

Hablamos hoy en día de nuevos tipos de contratos, contratos que no los vemos físicamente, que se negocian a través de plataformas en donde solo con dar un *click* estamos comprometiendo nuestra responsabilidad.

También se ha empezado a hablar, no sé si ustedes saben de un nuevo tipo de derecho que para algunos es fundamental y es que como todo lo estamos haciendo o no todo, la mayoría de nuestras actividades en algunos campos se hacen de forma virtual.

Cuando llegamos y traemos esos conflictos al arbitraje, se está hablando del derecho a la presencialidad y a la audiencia. ¿Qué pasa? Para algunos de nuestros colegas es un derecho que yo tenga la posibilidad de sentarme físicamente en algún lugar e intercambiar una conversación directa con los jueces.

Yo creo que este es un tema que va a seguirse discutiendo y desarrollando y van a haber diferentes posiciones, porque lo que sí es cierto es que la tecnología ha implicado para todos nosotros, ya sea como árbitros, apoderados de parte y aun para nuestros clientes, que se generen nuevas habilidades, nuevas formas de ver el Derecho y nuevas formas de ver esas controversias que tienen que ser resueltas.

Se han generado preocupaciones que existían antes, pero se ha aumentado, por ejemplo, el tema de la seguridad. ¿Cómo se maneja la información que se le entrega a los operadores? ¿Cómo se maneja la información que se entrega a los centros? ¿Cómo se maneja la información que tienen nuestros clientes?

En una encuesta que se realizó, las entidades o las organizaciones que más posibilidades tienen de ataques por parte de las personas que cometen delitos cibernéticos, el *ranking* estaba encabezado por los bancos, las aseguradoras y las oficinas de abogados.

La información que se maneja y que se conserva tiene un contenido muy sensible para todos los involucrados y, desafortunadamente, ya se empieza a hablar de que los operadores pueden ser también *targets* de esas personas que son delincuentes.

Es importante, además, que la tecnología permita la protección de los derechos. La tecnología ha generado una nueva forma de comunicar y, además, de convencer. Se han necesitado nuevas habilidades, los que de alguna manera no ubicaban la cámara ya han empezado a ubicarla, los que todavía se han olvidado la frase que decían, que era la más común en la pandemia, de que tiene el micrófono apagado, y hoy todavía sigue funcionando que tiene uno el micrófono apagado.

Pero quisiera enfocarme ahora en los minutos que tengo en cómo esa tecnología ha impactado el arbitraje como método alternativo de resolución de controversias.

Creo que la tecnología avanza mucho más rápido que lo que avanzan las normas, los reglamentos y quizás la imaginación que nosotros podemos tener como abogados.

Creo que hay un reto gigantesco y un desafío en evolucionar de manera paralela. Yo no diría que, en tiempo real, intentando tener un retraso no tan importante, que los derechos de las partes involucradas en un procedimiento arbitral se puedan ver afectados.

Como ustedes saben, y lo mencionaban hoy al abrir este Congreso, hoy en día encontramos plataformas en donde se presentan todos los escritos, en donde se presentan las conversaciones, en donde se da publicidad a las decisiones, permitiéndole a las partes entender qué está pasando en el trámite.

Hay un almacenamiento impresionante de información, lo cual es importante, pero también algo que yo quisiera que tuviéramos en cuenta como una reflexión es que, como la tecnología está ahí y estamos aprendiendo a usarla y vimos que podemos almacenar, en ocasiones en los trámites arbitrales la cantidad de información que llega es imposible de manejar, salvo que volvamos a utilizar otra tecnología que nos permita clasificar, organizar y procesar esa información.

Cuando a un panel arbitral se le presenta información que no ha sido organizada, clasificada y procesada es muy difícil que humanamente alcancen a revisar toda esa cantidad. Solamente hagamos un énfasis. Gigas de *e-mails* en donde hay cadenas impresionantes de años de intercambios de comunicaciones.

Otro tema interesante en cuanto a la tecnología es la grabación de las audiencias que además se vuelven parte del expediente y que sirven posteriormente para ser revisadas por las partes para continuar dentro del trámite, por los árbitros para revisar sus decisiones y por las cortes

arbitrales que tienen que revisar y tomar decisiones frente a cuestionamientos de idoneidad o decisiones difíciles en relación con los árbitros que hacen parte del panel arbitral.

Hoy en día oyen con cierta frecuencia que se habla de la inteligencia artificial, del aprendizaje automático, del *Big Data*, donde hay unos mecanismos que permiten procesar, analizar y de alguna manera hacer predicciones frente a las decisiones.

Yo les quiero decir que hay un temor de muchos de mis colegas en cuanto a que la tecnología ya va a reemplazar a los seres humanos, y digamos que si uno lee las novelas más miedosas que uno encuentra en el mercado, posiblemente diría que muchos de los abogados están destinados a la extinción.

Yo tengo una posición diferente, yo creo que hay un tema fundamental y es que la tecnología no puede reemplazar el proceso cognoscitivo y de análisis y, además, está atado a otro tema que es fundamental y que creo que es importante para la profesión de todos nosotros. Somos los guardianes de la legalidad y de la ley, y la tecnología aplicada a la labor que nosotros hacemos como árbitros apoderados o apoderados de parte tiene que estar rodeada de una ética que permita que se conserve la transparencia, la seguridad y se salvaguarden los derechos.

Y para cerrar, simplemente, quisiera recordar tres roles importantes. El rol del árbitro en el uso de la tecnología. El árbitro tiene la carga de que la tecnología se utilice de forma razonable, respetando las normas que sustentan las decisiones que va a tomar dentro del trámite, porque las decisiones que toma un árbitro en un panel arbitral generan derechos, generan obligaciones y cambian la vida de quienes están involucrados en ese procedimiento arbitral al tomar una decisión, especialmente la que se consolida en el laudo arbitral.

Si un laudo no cierra el conflicto, digamos que vamos a tener la posibilidad de que ese conflicto se abra y el arbitraje va a perder uno de los objetivos finales: solucionar la controversia.

Es importante que el árbitro utilice esa tecnología de manera equitativa, de forma transparente y que el proceso se conduzca de manera adecuada.

La transparencia y la seguridad que se da dentro de un trámite llevado de forma adecuada no lo va a reemplazar ninguna herramienta tecnológica.

Creo que también es importante resaltar el rol de las partes y de los clientes. Los clientes y las partes, a través de sus apoderados judiciales, han aprendido a utilizar la tecnología y seguramente van a seguir utilizando esas herramientas para presentar su caso y para salvaguardar la información que va a ser útil en una eventual controversia.

Y, finalmente, creo que hay un rol fundamental y es el rol de los operadores del arbitraje y de la justicia. Las normas jurídicas que se producen a través de la rama del Poder Legislativo deben estar ajustadas a lo que está pasando en la realidad.

La tecnología va a requerir más capacitación, pero además va a requerir que cada vez más personas tengan acceso para utilizarla de forma razonable.

Ya para concluir, desde mi punto de vista personal, la tecnología es una herramienta útil al servicio de nosotros, los seres humanos. Si la utilizamos bien o la utilizamos mal, va a depender de nosotros, pero no puede ser al revés.

Nosotros no nos podemos volver esclavos de la tecnología. Tenemos que utilizar de manera adecuada y especialmente la tecnología tiene

que acrecentar la confianza que tenemos en el arbitraje como método de resolución de controversias.

El arbitraje va a seguir existiendo en la medida en que la gente tenga confianza en este método, y yo creo que la tecnología es una herramienta muy importante para que esa confianza se preserve y se solucionen las controversias.

Muchas gracias.

**Gonzalo García Calderón:** Solo quiero, para después, dejar una pregunta a Irma sobre qué ocurriría si ella se encuentra con un laudo arbitral que ha sido realizado por inteligencia artificial. ¿Será válido? ¿No será válido? ¿Se podrá anular? ¿No se podrá anular? Si le meten los datos y el flojo, el árbitro, se basa en la inteligencia artificial para imprimir su laudo. Pero, en fin, lo dejamos ahí.

Vamos a nuestro último panelista. Ricardo Ampuero. Él es abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, máster en Derecho por la Universidad de Columbia, Expresidente de la Comisión Especial del Estado Peruano para Controversias sobre Inversiones Internacionales, profesor de la Universidad Católica y de la UPC, árbitro y consultor tanto nacional como internacional.

Ricardo nos va a hablar sobre algo que está lastimosamente de moda: «La caducidad de contratos de concesión en el contexto de estándares de protección de inversiones». Es un eufemismo, un nombre bonito para decir cuando el funcionario público patea el tablero.

Y, bueno, básicamente nos va a contar casos Ciadi, cuáles son los temas que debemos prever y qué ocurre respecto a la caducidad de este tipo de contratos.

Adelante Ricardo.

**Ricardo Ampuero:** Muchísimas gracias. Primero que nada, muchas gracias al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica por la invitación a participar en este evento, y estoy muy contento de compartir panel con tan destacados colegas y amigos. No tan contento de ir al final después de tan buenas exposiciones, pero voy a hacer el mejor esfuerzo.

Como decía Gonzalo al presentar, me gustaría tocar este tema porque en los últimos años hemos visto cada cierto tiempo, en realidad, un caso como este.

Pasó hace muchos años, como ustedes recordarán, en el caso de la vía expresa de la avenida Faucett, con el caso Convial, en donde caduca el contrato por razones de interés público.

Pasó hace algunos años, hace cinco o seis años, en el caso del contrato del proyecto del aeropuerto de Chinchero.

Pasó hace un par de años en el caso de la Red Dorsal de Fibra Óptica.

Y ha pasado, desafortunadamente, hace algunos meses, con el caso de Rutas de Lima y la Municipalidad de Lima.

Yo no voy a entrar en el detalle de alguno de esos casos específicos, particularmente, el que Elvira describió como el caso de moda, no voy a entrar en eso, pero sí quiero que veamos, a partir de algunas decisiones del Ciadi, qué es lo que se ha dicho en este foro. Porque, así como he hecho este recuento, todos los casos que he mencionado en los últimos años en donde se ha caducado un contrato por razones de interés público, todos o han iniciado un arbitraje de inversión, o ya notificaron el inicio del trato directo, que no voy a decir paso previo después de la presentación de José, sino el paso uno, que luego vendrá el paso dos del arbitraje de inversión.

Entonces, como todas estas decisiones han terminado en una discusión en el ámbito del arbitraje de inversión me pareció interesante discutir eso.

Ahora, sin perjuicio de que vamos a revisar algunos precedentes, sí me permito hacer un comentario breve, previo, que como nosotros sabemos, en el arbitraje de inversión particularmente no existen precedentes de observancia obligatoria.

Es decir, los tribunales no están obligados a seguir lo que otros tribunales han dicho sobre estos temas. Pero los reto a encontrar un solo laudo que no cite muchas otras decisiones de casos de inversiones. Eso pasa porque, si bien es cierto que no existe un sistema de precedentes de observación obligatoria, los árbitros en estas instancias entienden que es importante promover un desarrollo uniforme del derecho y, por lo tanto, se basan en otras decisiones para explicar por qué, o estamos en las mismas circunstancias, por lo tanto, se justifica tomar una decisión similar, o en este caso existen razones distintas que justifican apartarnos de ese tema. Entonces, hago esa pequeña salvedad.

Ahora, pensando en qué es lo que pasa cuando se toma la decisión de caducar un contrato por razones de interés público. Cuando se da una decisión como esta, el primer instinto que tiene el inversionista es de reclamar sobre la base de estándares de protección una expropiación indirecta, porque la caducidad del contrato significa que el contrato ya no está vigente, que ya no tengo proyecto para desarrollar, y básicamente me han quitado toda la inversión. Si mi inversión se constituía en ese proyecto, cuando se declara la caducidad del contrato de concesión simplemente ya no tengo proyecto.

Entonces, lo que más frecuentemente se reclama en este tipo de casos puede ser el tema de la expropiación indirecta que, como sabemos, tiene una diferencia importante con la expropiación tradicional o la ex-

propiación directa; que en la expropiación directa hay un cambio de titularidad del bien, de manera forzosa. Mientras que, en la expropiación indirecta, sin que exista ese cambio de titularidad se da una medida o serie de medidas que tienen un efecto equivalente al de una expropiación.

Y una buena forma de entender esto es lo que pasó en el caso Tecmed contra México.

Tecmed era una empresa que manejaba un relleno sanitario en México y la municipalidad le quita la licencia para que siga funcionando como relleno sanitario. Y en ese caso Tecmed dijo «me han expropiado indirectamente», y es que, claro, México nunca tomó posesión, tomó propiedad del bien. El relleno sanitario seguía a nombre del privado, nunca estuvo a nombre ni de la municipalidad ni de algún ministerio ni del Estado mexicano.

Para el efecto de quitarle la licencia para funcionar como relleno sanitario, tenía el efecto práctico de como si lo hubieran expropiado, porque un relleno sanitario no puede funcionar como ninguna otra cosa, yo no lo puedo utilizar para vivienda, puedo poner oficina o puedo poner una fábrica; un relleno sanitario solo podría ser un relleno sanitario.

Entonces, si no tengo licencia municipal para operarlo como tal creo que es un buen ejemplo de lo que implica la expropiación indirecta.

Pero cuando entramos en este tema, en lo que han visto tribunales de inversión, una de las grandes discusiones que ha surgido sobre si podemos considerar que la caducidad de un contrato o cualquier otra medida basada en lo que establece el contrato puede considerarse como una acción expropiatoria o no, tiene que ver con considerar esa acción como parte del comportamiento de una parte contractual, es decir, el Estado comportándose en el marco de la relación contractual como cualquier parte que contrata o si es que el Estado se está comportando

como un soberano, si es que está haciendo uso de facultades exorbitantes extraordinarias.

Entonces, por ejemplo, en el caso *Parkerings contra Lituania*, se indica lo siguiente:

El incumplimiento de un acuerdo equivaldrá a una expropiación, solo si el Estado actuó, no solo en su calidad de parte en el acuerdo, sino también en su capacidad de autoridad soberana, es decir, utilizar su poder soberano. La infracción debe ser el resultado de esta acción.

Este laudo, por ejemplo, lo que nos explica es que es importante esta distinción, porque si nosotros consideramos que la medida ha sido adoptada por el Estado comportándose como una parte contractual, no podría haber expropiación, porque la expropiación en tanto implica una medida o serie de medidas que tienen un efecto equivalente al de quitarte la propiedad de manera forzosa solamente podría venir del ejercicio de las facultades soberanas del Estado.

Esto también es lo que analiza el tribunal en el caso *Impregilo contra Pakistán*:

Siguiendo el análisis anterior, el tribunal opina que solo las medidas tomadas por Pakistán en el ejercicio de su poder soberano y no decisiones tomadas en la implementación o desempeño de los contratos, pueden considerarse como medidas de efecto equivalente a la expropiación.

Es también lo que dice el caso *Siemens contra Argentina*:

Para que el comportamiento del Estado como parte de un contrato sea considerado un incumplimiento de un tratado de inversión, tal comportamiento debe estar más allá de lo que podría adoptar una contraparte ordinaria e implicar interferencia del Estado en la operación del contrato.

Entonces, los tribunales típicamente han dicho: para encontrar que hay una vulneración de estándares de protección que están contenidos

en tratados, cuando se trata de una acción que está permitida por el contrato, necesito encontrar un extra. No puede ser solamente una parte contractual haciendo ejercicio de esa facultad de las partes pactadas.

Lo mismo dice el caso *Ulysseas contra Ecuador*:

La Administración Temporal de PBII fue un acto realizado por Conelec en ejercicio de un derecho otorgado en virtud del contrato de permiso ante el incumplimiento por parte de la demandante de su obligación contractual, de generar electricidad durante quince años. Se trataba del comportamiento habitual de una contraparte contractual. Por lo tanto, no suponía el ejercicio de una autoridad gubernamental, como *puissance publique* atribuible al Estado ecuatoriano.

Entonces, la línea de las decisiones en el Ciadi claramente hace esta distinción.

Ahora, han surgido discusiones adicionales y me gustaría abordar dos de ellas. Ha habido algunos casos en donde lo que se ha dicho es: «Pero un momento, puede ser que el contrato decía que se podía caducar por razones de interés público. Pero es el Estado el que está tomando y es solamente el Estado el que puede tomar esa decisión». No es una facultad que de acuerdo al contrato está disponible para ambas partes, como solamente lo puede hacer el Estado. Entonces, sí está ese elemento de facultades exorbitantes y, por lo tanto, sí podríamos considerar que hay una vulneración de tratados internacionales.

El caso *Suez contra Argentina* aborda este tema y nos dice lo siguiente:

El mero hecho de que exista alguna participación del gobierno en los eventos que conducen a la rescisión de un contrato no significa necesariamente que dicha rescisión sea el resultado de un ejercicio de poderes soberanos [...] La acción de Argentina al rescindir la concesión, supuestamente de conformidad con los términos de la concesión, no fue un

acto de expropiación, sino más bien el ejercicio de sus alegados derechos contractuales.

Eso es lo que dice también, o en esa línea va el caso de Duke Energy contra Ecuador.

Las partes contractuales privadas pueden convenir en conceder a una de ellas, no a ambas, a una sola de ellas, la facultad de imponer sanciones a la otra si esta incurre en actos ilícitos durante la ejecución del contrato. Esa delegación de potestades, establecida de común acuerdo, emana de la autonomía que el derecho de los contratos concede a las partes, y debe distinguirse de la potestad del Estado de imponer sanciones en ejercicio de sus atribuciones soberanas.

Esto es similar, si es que ustedes se dan cuenta, a la discusión que durante un tiempo estuvo muy de moda, de si los reguladores debían de participar en los arbitrajes o no. Y había toda una discusión de si las actuaciones del regulador estaban sobre la base de lo que el contrato o concesión establecía, o si estaban sobre las bases de la norma que establece las atribuciones del regulador.

Una discusión similar se da en este caso, pero en otro nivel, pero trato de hacer un símil.

Lo que los tribunales están diciendo es: «tendríamos que encontrar algo más. No es suficiente con que sea el Estado quien está tomando esta decisión».

Lo mismo dice el caso de Bayindir contra Pakistán:

Incluso si la expulsión violó el contrato y privó a Bayindir de la sustancia económica de los derechos contractuales, un hallazgo de expropiación solo estaría fundado si los actos en cuestión fueran actos soberanos.

La otra gran discusión es: no es suficiente que participe el Estado, pero cuando se caduca un contrato es por razones de interés público.

Ahí sí. ¿Cómo puede ser? El Estado es el único que puede invocar el interés público.

Entonces, ¿el Estado es el único que puede tomar esta decisión? Sale del contrato, pero la toma sobre la base de interés público. El único que puede determinar cuándo existe un interés público es el Estado. Entonces, sí estamos ante estas facultades exorbitantes.

El caso Jan De Nul contra Egipto aborda este tema:

Es cierto que el contrato se adjudicó, dice el tribunal, mediante un proceso de licitación regido por las leyes sobre contratación pública. Este no es un elemento suficiente, sin embargo, para establecer que la autoridad gubernamental se ejerció en relación de SCA con las demandantes y más particularmente en relación con los hechos y omisiones denunciados. Lo que importa no es el elemento de servicio público, sino el uso de prerrogativas de autoridad gubernamental. En ese sentido, la negativa a otorgar una prórroga de tiempo en el momento de la licitación tampoco demuestra que se utilizó la autoridad de gobierno, independientemente de las razones de tal denegación. Cualquier privado que es parte de un contrato podría haber actuado de la misma forma.

Hamester contra Ghana dice lo siguiente:

Al considerar la aplicación del artículo 5 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional, el Tribunal ha evaluado cuidadosamente si en sus tratos con Hamester, en relación con JVA, Cocobod actuó como cualquier contratista o accionista, o más bien como una entidad estatal que hace cumplir los poderes regulatorios. Debe tenerse en cuenta que este análisis se ha concentrado necesariamente en la utilización de poder de gobierno. No basta con que se haya realizado un acto de una entidad pública en el cumplimiento de algún interés general, misión o propósito para calificar como un acto imputable.

Y acá me gustaría comentar sobre el caso Convia, que es el primer caso que comentamos sobre decisiones de caducar un contrato de concesión por razones de interés público.

Este caso terminó yendo al Ciadi sobre la base de una abnegada vulneración del tratado de promoción y protección de inversiones Perú-Argentina, y en ese caso, fíjense lo que el tribunal dice, y este es un antecedente de lo que Perú ya ha litigado y ha obtenido una decisión:

A juicio del tribunal el hecho de que la declaración de la caducidad como prerrogativa contractual haya estado dirigida a la protección de un bien público relacionado con la existencia del interés público no altera la conclusión de que esa declaratoria constituyó el ejercicio de un derecho contractual y no una acción soberana.

En efecto, que la Municipalidad Provincial del Callao haya declarado la caducidad por motivos de interés público, no implica que no estuviera ejerciendo una potestad cuya única fuente es el contrato, máxime cuando el interés público fue una de las causales de caducidad contractualmente pactadas.

En esa medida, la facultad de la Municipalidad de declarar la caducidad provino del concurso de voluntad de los contratantes y no de la voluntad soberana del Estado.

El tribunal concluye que el acto es contractual y no de imperio, a pesar de que la caducidad se haya declarado invocando motivos de interés público.

Ustedes dirán: «Entonces lo que nos está diciendo es que ¿está bien?, ¿los funcionarios públicos pueden de pronto decir vamos a caducar el contrato y no pasa nada?».

No.

Hay un par de temas que deben tenerse en cuenta.

Todo lo que nosotros hemos visto hasta ahora tiene que ver con la expropiación, con facultades de expropiar indirectamente. Pero nada de esto va a aplicar si es que se analiza bajo el prisma de otros estándares de protección, como, por ejemplo, el trato justo y equitativo.

Hay amplia jurisprudencia que establece que actos, a pesar de que estén basados en normas legales o en facultades contractuales, pueden ser violatorios de estándares de protección si es que sobrepasan el umbral que establezca el tribunal, dependiendo de lo que digan los estándares de protección.

Todo lo que nosotros hemos visto hasta ahora, incluyendo el análisis en el caso *Convial*, se basa en esa facultad. El límite, cuando estamos hablando del ejercicio de prerrogativas contractuales, tiene que ver con si es que estamos hablando de alegaciones de expropiación indirecta. No necesariamente va a estar presente en otros estándares de protección.

La otra gran diferencia es que este caso fue iniciado sobre la base de un tratado y no del contrato. ¿Por qué no fue iniciado sobre la base del contrato si tenían un contrato de concesión y, de hecho, tenían una cláusula *Ciadi*? Porque quien firma este contrato es la Municipalidad Provincial del Callao y el artículo 25 —y eso es algo que se olvida mucho del Estado, desafortunadamente—, establece que cuando se trata de agencias y subdivisiones políticas solo las previamente acreditadas pueden someterse al *Ciadi* o, en cualquier otro caso, necesitan el consentimiento del Estado para someter la controversia.

La única entidad que el Estado peruano ha acreditado ante el *Ciadi*, para que de forma previa pueda someter su controversia en ese foro es *Perúpetro S. A.* Ningún gobierno regional, ninguna municipalidad tiene esa acreditación.

Entonces, en el caso *Convial* no pudo activar la cláusula *Ciadi* del contrato de concesión, se vio obligada solamente a ir por el tratado internacional y no logró superar el estándar.

Para cerrar: ¿de qué dependerá cuando hablamos de una decisión de caducar un contrato de concesión por razones de interés público? Básicamente, de lo que diga el contrato.

A lo largo de la historia del contrato de concesión en el Perú tenemos tres grandes tipos de cláusulas que permiten la caducidad del contrato por razones de interés público. Hay un pequeño grupo de contratos que se firmaron, sobre todo en la década de los noventa, que otorgan al Estado la facultad de resolverlos unilateralmente en cualquier momento y a su discreción, y no imponen ningún requisito adicional.

Hay otro grupo de contratos que dicen que el Estado puede determinarlos unilateralmente por razones de interés público debidamente fundadas. Por ejemplo, es el caso de Chinchero y el de la red dorsal.

Y, finalmente, hay algunos otros contratos que dicen que el Estado puede resolverlos unilateralmente por razones de interés público debidamente fundadas, pero, además, se exige que esas razones sean individualizadas, justificadas y desarrolladas en una comunicación de carácter oficial.

De eso dependerá si es que podemos considerar que una caducidad ha sido bien hecha o no; si es que se han tomado el tiempo de analizar las alternativas; si es que el contrato exigía que esas razones estén debidamente fundadas; si es que se han individualizado; si es que se ha pedido los informes; si es que se ha analizado con calma, fuera del ámbito político, no pensando en cómo va a reaccionar el tema político o la población, sino bajo un análisis técnico, si es que esa decisión se justifica o no.

Dejo en manos de ustedes decir si es que, en los casos que he mencionado, esos requisitos se cumplen o no.

Con eso termino. Muchas gracias.

**Gonzalo García Calderón:** Gracias. Vamos a una brevísima segunda ronda, dándole un par de minutos a cada uno de los expositores.

**Elvira Martínez Coco:** Muchas gracias, Gonzalo.

No voy a hablar de lo mío. A ver, José Tam nos habló de las cláusulas escalonadas, que son donde se regulan distintos mecanismos de solución de controversias. ¿Qué pasa aquí? Ambas partes deben de llevar a cabo el mecanismo de solución de controversias.

En un arbitraje se presenta la solicitud arbitral, frente a esta, ¿qué pasa si no la contesta? A la otra parte la vuelvo renuente.

¿Qué pasa en la conciliación? En la conciliación, creo que son dos conciliaciones a las que no se asiste y de ahí me puedo ir al arbitraje.

El problema es el trato directo. Y en el trato directo —ya lo he dicho en más de un laudo, ninguno ha sido anulado—, hay que distinguir entre el inicio del trato directo y el procedimiento del trato directo mismo, porque el inicio del trato directo está destinado a una parte, que tiene que invitar a la otra a que se inicie. ¿Qué pasa si la otra parte no contesta? ¿Hay un plazo en el trato directo o puede no haber plazo en el trato directo?

En cualquiera de los dos casos —y lo he dicho ya en varios laudos— transcurrido el plazo directo sin que la otra parte conteste, o transcurrido un plazo razonable que tiene que analizar el tribunal arbitral a la luz de las circunstancias, estoy habilitado para ir al arbitraje, porque cuando una de las partes no va, ¿en qué tipo de obligación estamos? ¿Cuál es la obligación del procedimiento del trato directo? ¿Qué es esa obligación? ¿Es un evento futuro e incierto (o sea, realizar todo el trato directo)? ¿Cómo se le llama eso, jurídicamente? Condición potestativa.

¿Qué nos dice el artículo 172 del Código Civil respecto a las condiciones potestativas que se dejan a la exclusiva voluntad de uno de los deudores? Son nulas, señores. Cuando eso sucede y se activa, chau, no

hay que suspender el arbitraje. Hay que decir lo que estoy diciendo. Ninguna corte te lo va a anular.

Muchas gracias.

**Gonzalo García Calderón:** Quiero comentar, simplemente, que José ha mencionado el caso del gobierno regional de Loreto, que va en la línea de lo que ha señalado Elvira en el sentido, no en los términos civiles, sino en los términos en que se activó el trato directo, pero no habiendo respuesta por parte de una de las partes, simplemente fue imposible llevar adelante el trato directo y se habilitó, y así lo consideró no solo el tribunal arbitral —magnífico presidente del tribunal arbitral, lo presidió Katherine González Arrocha—, sino que además así lo consideró la sala superior cuando validó el laudo arbitral.

Adelante, por favor.

**José Tam:** Gracias, Gonzalo.

Estamos de acuerdo Elvira, estamos de acuerdo. No hay una discrepancia, en realidad.

Lo que quiero dejarles claro es que, por ejemplo, el tribunal en el caso Codisa dijo que la sola carta notarial no era suficiente, o sea, nuevamente no nos dijo que era suficiente, solo dijo que la carta era una carta de invitación al trato directo, no era suficiente porque con eso no se acreditaba que se había producido el trato directo. Eso dijo el Tribunal Constitucional para, en vía de amparo, anular el laudo.

Entonces, mal, sin duda, porque, además, lo que debemos tener presente es la cláusula escalonada, o sea, lo óptimo sería que la cláusula escalonada tenga claridad de cómo comienza eventualmente el procedimiento y cómo termina.

Y si vamos a pactar una cláusula escalonada, y como les digo, estoy de acuerdo contigo absolutamente, pero si vemos ese fallo del Tribunal Constitucional y queremos tratar de conservar el laudo tenemos que decir por lo menos manda una segunda carta diciendo «no te presentaste», no me has hecho caso, no me has respondido. Claro, cosa redundante, pero ya es una carta más de preservar el laudo al decir «Te invité tal día, han pasado treinta días, como mencionaba nuestra cláusula escalonada, y no me has contestado, así que doy por terminado el trato directo ante tu renuncia».

Digo como consejo práctico, para tratar de preservar y evitar una discusión, pero coincido totalmente con lo que dice Elvira, pero es obvio que una parte simplemente para obstruir el inicio del arbitraje simplemente no contesta, se queda absolutamente callada, hace el muertito y se acabó. Así que, por ese lado, absolutamente de acuerdo.

Y un tema que se me queda en el tintero, aprovechando este minuto adicional, es tener en cuenta la decimotercera disposición complementaria de la Ley de Arbitraje.

Recordemos que tenemos esta norma que le da carácter de laudo, diría yo, a las decisiones periciales, que un tercero resuelve sobre cuestiones técnicas o, de hecho. Ejemplo clásico: un contrato de compraventa de acciones, donde se remite a un tercero la decisión sobre la fijación del precio de las acciones.

Nos vamos a un tribunal arbitral, fíjense que hay una especie de cláusula escalonada sin que exista cláusula escalonada, lo que hay es un procedimiento número uno, y el tribunal arbitral que quiere conocer, digamos, un montón de cuestiones más referidas al contrato de compraventa de acciones, pero entre ellas la fijación del precio de las acciones, por ejemplo, sí podría ordenar a las partes, salvo que renuncien, nuevamente, igual que sucedía en los ejemplos que puse, salvo que renuncien expresamente a ese mecanismo.

Pero en realidad, sin quererlo, o sea, nuevamente, sin la conciencia clara de lo que estamos haciendo al fijar un procedimiento pericial amparados en esta norma, podríamos estar indirectamente estableciendo una suerte de cláusula escalonada, porque lo que estamos estableciendo es un mecanismo número uno para que luego venga un mecanismo número dos, que es lo que consigue una cláusula multinivel.

Gracias.

**Irma Rivera:** Muchísimas gracias. Creo que me enfocaría en lo que me preguntaron mis copanelistas: ¿qué pasaría con un laudo expedido o proferido por una inteligencia artificial?

Ahí el análisis que hago de esa pregunta en particular depende un poco de cuál es el sustento normativo que existiese que permitiera que esa inteligencia artificial tomara una decisión como esa, también va a depender mucho de cuáles son los avances en ese tipo de inteligencia que permita no solamente decir es negro o es blanco, sino cuál es el análisis detrás de eso que es negro o que es blanco.

Hay algunos estudios que dicen que, por ejemplo, los árbitros y los abogados que litigan, si llegáramos al escenario en donde la inteligencia artificial gobernara todas nuestras actuaciones diarias, serían los últimos abogados, que se extinguirían en el tiempo.

Y si hacemos un análisis simplemente plano de las normas que están vigentes en la mayoría de nuestros países, el árbitro tiene un encargo *intuito personae*, es un encargo directo, donde está basado, como les comentaba, en la confianza y esa confianza se desprende de las actuaciones, de los conocimientos, de la experiencia y de todo aquello que hasta donde vamos hoy, puede cambiar muy rápidamente, en cualquier momento.

Ustedes saben que hay países, por ejemplo, que han tomado la decisión de apagar algunas inteligencias artificiales o de demorarlas un poquito más, y hay otros que dijeron vamos a hacer negocios y eso tiene que producir resultados y seguramente va a producir resultados económicos.

Entonces, para cerrar mi respuesta, sí podría tener valor, porque el contraste que nosotros hacemos como abogados frente a algo que es válido es cuál es el sustento de la norma que dice qué es válido o inválido, si el presupuesto de invalidez se da, si el presupuesto de nulidad se da o si el presupuesto de ineficacia se da, pues se aplica la norma y se genera el efecto jurídico contenido en esa sanción.

Ahora bien, no sé qué vaya a pasar hacia el futuro, hay algunos países en donde, para controversias pequeñas y muy rápidas, sobre todo en algunas plataformas de compras masivas, hay unas inteligencias que resuelven muy rápidamente, usted me da los argumentos, me muestra el recibo, si tiene derecho o no tiene derecho al reembolso, si está de acuerdo, se cerró; si no está de acuerdo, pues se sigue otro tipo de procedimiento. Pero yo creo que eso todavía no es 100 % comparable con la labor que hacen los seres humanos en trámites arbitrales complejos, en trámites arbitrales que están regulados, y en trámites arbitrales que tienen que cumplir una serie de normas. No sé si en el futuro, y sobre todo para las nuevas generaciones vaya a ser un reto o un desafío saber cómo se aproximan.

Y, simplemente, cierro con contarles que se hizo un estudio en Europa, en España, por una compañía que se me escapa el nombre, en donde se estaba hablando de las iniciativas jurídicas que los abogados están teniendo para utilizar inteligencia artificial y programas. Y hay todo lo que ustedes quieran, si ustedes se meten, hay programas e inteligencias artificiales que analizan la predictibilidad, hay algunos países que ya lo están usando, en Estados Unidos se está usando por el sistema, no para que falle, sino para que ayude al juez a ver cuál es la línea jurisprudencial.

Hay inteligencias artificiales que están revisando el comportamiento de los árbitros, de todo, como en botica.

Pero las que menor desarrollo habían tenido en esta encuesta eran aquellas iniciativas encaminadas a hacer un reemplazo de un panel arbitral de manera completa, especialmente en trámites complejos.

En conclusión, si la norma existe y existe la tecnología, pues no sabemos a qué nos vayamos a enfrentar. Igual reitero mi posición, creo que la tecnología es simplemente una herramienta que tenemos que utilizar de manera correcta, al servicio de nosotros, de los seres humanos. Si la utilizamos bien o la utilizamos mal, dependerá de nosotros y las consecuencias las vamos a vivir nosotros.

**Gonzalo García Calderón:** Gracias.

Ricardo, breves minutos.

**Ricardo Ampuero:** Muy brevemente, solo para complementar un par de temas que dejé en el tintero porque me quedé sin tiempo.

Creo que es importante también recordar que, específicamente en el caso Convia, era un contrato que tenía las primeras cláusulas en donde decía: el Estado puede resolver a discreción y no imponía ningún requisito adicional, y eso hace una diferencia importante porque ese caso lo gana Perú por completo, lo gana además con devolución de costos. Pero es importante tener en cuenta que era una de esas cláusulas antiguas que no necesariamente es de los otros casos que he mencionado.

Y dos, sobre todo, era un caso bajo tratado y no bajo contrato. Y el mismo tribunal le jala las orejas a la Municipal Provincial del Callao, porque dice muy claramente en el audio: acá hay temas que podrían ser violaciones contractuales, pero yo no puedo entrar a pronunciarme sobre eso, porque mi competencia está sobre la base del contrato.

Todos los otros casos que he mencionado han sido iniciados sobre la base del contrato y del tratado. Entonces, no va a haber forma de escapar de esa discusión.

Creo que es importante poner en ese contexto el precedente de Convial, que si bien es cierto es un precedente favorable al Estado peruano en donde se ganó el caso, la discusión es mucho más compleja que eso en los casos que vienen.

El otro punto previo que quería tocar, es simplemente decir que estoy también de acuerdo con Elvira, porque además tuve el placer de compartir el tribunal con ella en donde dijimos exactamente lo que ha explicado.

Y tal vez el único comentario, muy brevemente, complementando la presentación de Elvira, es que cuando hablamos de financiamiento por parte de terceros, creo que es importante recordar que no es un fenómeno nuevo.

Alrededor del mundo ha existido desde hace mucho tiempo, solamente que encontraba su enfoque principalmente en procesos judiciales, pero siempre han existido empresas que se han dedicado a financiar litigios a cambio de recuperar con el resultado de ese proceso el monto que ha sido financiado.

Ha habido dos grandes cambios de paradigma que han generado toda la preocupación y que se vuelve un tema en boga.

Número uno: cuándo empiezan a financiarse casos en arbitraje, ya no litigio. ¿Por qué casos en arbitraje? Porque ahí entra a tallar el tema que explicó muy bien Elvira, que no se da necesariamente en el caso de litigio y es que para determinar que un árbitro verdaderamente es imparcial e independiente tengo que conocer a todas las personas que tienen un interés económico en el resultado. Si yo no conozco quién tiene un

interés económico, no hay forma de que yo pueda garantizar mi imparcialidad e independencia.

Entonces ese es un primer elemento que entró a tallar cuando el financiamiento pasó al árbitro.

El segundo gran cambio de paradigma es cuando empiezan a financiarse reclamos en arbitraje e inversión, que introduce toda otra discusión, porque en esos casos se cuestionan decisiones de política pública y otras cuestiones que son sumamente sensibles para los Estados, cómo es que la participación de terceros que no tienen que ver en la política de protección de inversiones terminan jugando un rol, cómo es que para los Estados es tan importante esta práctica del trato directo para ver si es que se puede solucionar antes la controversia, y la participación de un tercero que tiene un interés económico tal vez puede interrumpir o no permitir que se llegue a soluciones, por ejemplo, te amplió los años del contrato de concesión.

Esa es una solución, por ejemplo, que puede ser beneficiosa para la contraparte contractual, pero no para el financista, porque el financista en ese caso no va a tener cómo recuperar.

Entonces, comienzan a entrar estos detalles y creo que por eso está en boga este tema y es tan interesante la propuesta que nos ha comentado Elvira. Gracias.

**Gonzalo García Calderón:** Gracias, Ricardo.

Ya para terminar, dos preguntas inteligentes del público.

**Persona del público:** Buenas noches. Quisiera hacer una pregunta al doctor José Tam y también una pregunta a la doctora Elvira Martínez.

En relación con las cláusulas escalonadas de solución de controversias, mucho se ha discutido en doctrina internacional con respecto a cuáles son las consecuencias del incumplimiento del procedimiento uno, si es que el incumplimiento del procedimiento uno determina la incompetencia del tribunal arbitral o más bien es un factor que afecta la inadmisibilidad de la acción arbitral.

Y esto tiene importantes consecuencias prácticas y yo considero que tal vez la principal de ellas es que si es que consideramos que el incumplimiento del procedimiento uno afecta la competencia del tribunal, podría ser la decisión revisada por las cortes nacionales y, eventualmente, incluso declararse nulo el laudo.

En cambio, si es que consideramos que es un requisito que afecta solamente la admisibilidad de la acción arbitral en tanto está referida a los méritos sustantivos de la causa, la decisión del tribunal sería definitiva y no podría ser revisada por las cortes nacionales.

Entonces, quería consultarle ¿cuál es su posición? Desde su punto de vista, ¿las cortes nacionales deberían revisar la decisión del tribunal con respecto al cumplimiento o incumplimiento del procedimiento uno y, eventualmente, deberían declarar nulo el laudo; o más bien la decisión del tribunal debería ser definitiva?

**José Tam:** Gracias por la pregunta.

Bueno, de hecho, de alguna manera lo abordé en la exposición.

Dije que el gran error era concebir que el procedimiento uno o el tránsito del procedimiento uno habilitaba la competencia de los árbitros. Eso no es correcto.

Por eso yo decía, la cláusula arbitral tiene dos mecanismos de solución de controversias independientes. La única cosa que los conecta es

que estamos hablando de las controversias entre las mismas partes y que las partes han querido que temporalmente uno se produzca antes que el otro.

Entonces, no es un presupuesto procesal el procedimiento uno, es un procedimiento en sí mismo. Y el procedimiento arbitral es el procedimiento arbitral, o sea, no hay una relación —como se ha dicho en alguna jurisprudencia internacional— de etapa preprocesal, porque ahí viene el error, si lo consideramos un habilitante de la cláusula arbitral, entonces estamos diciendo que la cláusula arbitral no se ha activado mientras no se termina el procedimiento uno y que, por lo tanto, no existe competencia de los árbitros. Si fuera esa la posición, obviamente, las cortes podrían perfectamente anular y esa no es la situación.

Por eso, tratando de encontrar una solución práctica más que teórica —también lo dije—, el tribunal arbitral no es segunda instancia o segundo grado de lo que pasó en el procedimiento uno. El tribunal arbitral no tiene ninguna obligación de ver con profundidad, simplemente tiene que verificar si está la cláusula escalonada, que se produjo el procedimiento uno o, como decía Elvira, que se intentó que se produzca, pero que se transitó por él. ¿Y con qué prueba? ¿Estándar de prueba? Reitero, no hay un estándar de prueba, no se estableció en la vía jurisprudencial el estándar de prueba.

Lo que nos dice el Tribunal Constitucional en el caso Codisa es que pareciera ser, nos parece sugerir, que el estándar de prueba es un poquito alto, porque ni siquiera la carta notarial demostraba nada.

Para salvar, para preservar, obviamente, la validez del laudo, porque la causal que se le está poniendo es no haber seguido las actuaciones arbitrales de acuerdo a lo pactado por las partes, que también es un poco forzado, porque no se trata de actuaciones arbitrales, se trata de actuaciones que se produjeron en el procedimiento número uno que no tendrían que ser materia de anulación, definitivamente.

**Elvira Martínez Coco:** Distingamos entre el inicio del arbitraje, y si ya siguió el procedimiento del trato directo, entre el inicio del trato directo y el procedimiento del trato directo.

Ya dije que si se inició el trato directo y no se llevó a cabo el procedimiento, pues transcurrido el plazo del trato directo o el plazo razonable estoy habilitado para ir a arbitraje.

Distinto es el supuesto si no se inició el trato directo, porque por acuerdo de las partes, y ahí sí firma el principio de la autonomía privada, se debió por lo menos iniciar el trato directo.

¿Qué están haciendo varios de nuestros tribunales? Están suspendiendo el arbitraje y están mandando a las partes a su casa a que hagan el trato directo.

Si estuviera en esa situación probablemente yo no suspendería el arbitraje, le daría fin, que se vayan y que luego reconstituyan el tribunal. Probablemente cuando suspenden el arbitraje lo que están haciendo es cuidar su puesto de árbitro. Yo ese puesto nunca lo cuido. Las partes siempre regresan.

**Gonzalo García Calderón:** Gracias. Una última pregunta.

**Persona del público:** Esta es una pregunta para Ricardo Ampuero, pero tiene que ver con cláusulas escalonadas, o sea que quizás los otros quieran contestar.

Ricardo, en tu experiencia en el Estado, el trato directo que hay que tener es seis meses antes de ir al Ciadi, ¿cuál ha sido el resultado?

**Ricardo Ampuero:** Hay dos partes a esa respuesta. Uno es, sin perjuicio de lo que ha explicado José, si es que se puede considerar como un requisito de jurisdicción o de admisibilidad.

Obviamente, desde la experiencia del Estado, siempre se ha defendido en los casos que es un requisito de jurisdicción. Y es un requisito de jurisdicción porque hay que analizarlo desde el punto de vista de cuál es el objetivo de los tratados internacionales de promoción y protección de inversiones, y qué es lo que busca y cuáles son los objetivos que se busca cumplir con el periodo, sobre todo de seis meses, porque hay una razón por la cual no es un plazo más corto que eso, y tiene que ver con permitir al Estado entender cuál es el alcance de la controversia, etc.

La segunda parte es: ¿cómo le ha ido al Estado en este tipo de periodos? Y yo diría que la respuesta es que le ha ido muy bien, a pesar de que los reportes oficiales no lo explican de esa forma. Y quiero detenerme un momentito en explicar por qué esto es así.

La ley que crea el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias de Inversión, la Ley n.º 28933, establece un mecanismo para lograr una solución amistosa, y es un mecanismo que implica emitir una resolución suprema que la tiene que firmar el presidente, el ministro de Economía, el ministro de Justicia, el ministro de Relaciones Exteriores, y el ministro del sector que va a dar cumplimiento a la fórmula de transacción a la que se ha llegado. Es un procedimiento engorroso, no tan sencillo de lograr, pero es un proceso que yo creo que sí ha incentivado que el Estado logre soluciones. Y de hecho el Estado en dos oportunidades ha firmado acuerdos de solución amistosa, respaldados por la emisión de resoluciones supremas, en el caso Isolux Corsán en el año 2013 y en el caso Aby (transmisión eléctrica) en el 2016.

Eso es lo que muestra el récord oficial, porque esos son los casos en donde se ha cumplido con el trámite de emitir una resolución suprema. Hay muchos otros casos en donde se ha logrado una solución a través de la negociación, pero siendo un poco más pragmáticos.

Precisamente, porque es complicado, engorroso y burocrático obtener una resolución suprema, en muchos casos lo que se hacía era negociar con las entidades involucradas en la controversia y hacer que la razón por la cual se inició el reclamo desaparezca.

Eso es, por ejemplo, lo que pasó en el caso APM Terminals contra Perú, que de hecho llegó a iniciarse un caso en el Ciadi, pero fue suspendido porque las partes negociaron. Se llegó a un acuerdo entre la autoridad portuaria, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el regulador, porque cada uno le estaba pidiendo cosas distintas al concesionario.

Entonces, cuando toma la comisión especial de ese caso, lo primero que hace es alinear las posiciones ahí y luego negocia y, se llega a un acuerdo y desaparece la razón por la cual se inició el reclamo.

Entonces, ese caso, por ejemplo, es discontinuado por pedido de APM Terminals, pero la razón subyacente es que se negoció y se llegó a un acuerdo. Es lo que ha pasado en muchos otros casos más, como Luz del Sur, Toromocho, etc., pero que no están en los récords porque no se ha emitido una resolución suprema.

Entonces, yo creo que es el Estado, sobre todo, porque tiene este sistema de coordinación de respuesta que articula bastante bien, principalmente el pedido de información, que es lo más complejo, cuando estamos hablando que las controversias pueden venir de cualquier lado. Y dos que articula bien tener un solo interlocutor con el inversionista, si ha logrado, digamos, transacciones, si ha logrado que casos no avancen a la etapa de arbitraje, pero es un poquito complejo por lo que estoy explicando, medir el alcance real de eso. Lo mismo pasa con, por ejemplo, ha habido notificaciones en donde una respuesta firme ha generado que ya no vuelva más el inversionista, yo no podría garantizarte que es la respuesta firme la que generó eso, es difícil de medir, pero creo que sí hay un sistema que ha hecho uso de esa etapa previa, como mínimo para

informarse y luego si es que después tiene que litigar el caso, litigarlo de la mejor forma posible, presentando los mejores argumentos.

**Gonzalo García Calderón:** Muchas gracias a todos.

## **MESA 2: LAS ACTUACIONES ARBITRALES DESDE EL PUNTO DE VISTA PROCESAL**

**Presentadora:** Continuando con el programa, vamos a dar inicio a la Mesa número dos, que abarcará las actuaciones arbitrales desde el punto de vista procesal.

En esta oportunidad tenemos como moderador al doctor Alfredo Soria Aguilar.

El doctor Alfredo Soria Aguilar es magíster en Derecho de la Empresa por la PUCP, es profesor de arbitraje en la UPC y en el CARC PUCP, profesor de contrataciones con el Estado en la UPC, en el CARC PUCP y en la Universidad del Pacífico, así como también es integrante de la nómina de árbitros del CARC PUCP.

**Alfredo Soria Aguilar:** Buenas noches.

Es un lujo estar aquí con colegas tan especializados en la materia que van a desarrollar, con tanta experiencia, así que voy a empezar a presentar a cada uno de ellos. Y luego voy a darles la palabra en un orden que hemos estructurado previamente.

Nos acompañan en este panel Santiago Pereira Campos, a mi derecha, colega uruguayo, presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, integra el Consejo de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, expresidente del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia para las Américas, profesor titular de Derecho Procesal y Arbitraje en la Universidad de Montevideo, abogado experto en arbitraje y procesos de alta complejidad. Ha sido también asesor de PNUD, el BID y otras grandes instituciones internacionales de gran prestigio.

También me acompaña el profesor Giovanni Priori, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú; magíster en Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del Derecho y Derecho de la Integración, Convención en Contratos por la Università degli Studi di Roma Tor Vergata; profesor principal del Departamento Académico de Derecho de la PUCP; miembro del Consejo de Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica; entre otros importantes cargos.

El profesor Julio Wong Abad, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, máster en Derecho Público y Administración por la Universidad de Jaén, España, profesor de pregrado y posgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Maestría de Contratación Pública de la UPC y en la Academia de la Magistratura del Perú.

Nos acompaña también en esta mesa David Ortiz Gaspar, abogado por la Universidad de San Martín de Porres, tiene estudios de Maestría de Derecho Constitucional en la Escuela de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, egresado de la Maestría de Solución de Conflictos del Instituto de Gobierno y Gestión Pública de la Universidad de San Martín de Porres, Máster en Arbitraje Comercial e Inversiones por la Escuela de Postgrado de la Universidad de Alcalá, España. Estuvo a cargo de la Coordinación del Área de Ejecución contractual del Programa Subsectorial de Irrigaciones del Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego, también integró equipos profesionales en la Procuraduría del Ministerio y Vivienda. Actualmente, es Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Vamos entonces a empezar con este panel, que en realidad es la Mesa 2, que abordará las actuaciones arbitrales desde el punto de vista procesal.

Aquí surge la pregunta: ¿es el arbitraje un proceso? Había un poco de resistencia ahí respecto al título, por lo menos yo planteé ahí la duda, pero simplemente hay algunas instituciones que ilustran al arbitraje y por

eso me parece pertinente, totalmente válido, conversar sobre estos temas que nos han propuesto nuestros ponentes.

Así que primero vamos a empezar con nuestro colega uruguayo, el profesor Santiago Pereira, quien es presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Quería preguntarle primero si podría darnos una breve explicación del trabajo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en arbitraje y por qué una ley modelo de arbitraje para Iberoamérica, que es una propuesta que está planteándonos el instituto.

Adelante, profesor Pereira.

**Santiago Pereira:** Muchísimas gracias.

Es, primero, un enorme privilegio estar en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, universidad por la que tengo gran afecto, ya que casi todos los años venimos aquí a dar clase y a celebrar encuentros de Derecho Procesal. Y en esta ocasión, dado que coincidió el Congreso Mundial de Derecho Procesal, que coordinó el profesor Priori, con este evento de arbitraje, me han invitado a presentar algunas ideas sobre la reciente ley modelo de arbitraje aprobada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Me siento un poco en aguas turbulentas desde el Derecho Procesal. Yo sé que los procesalistas y los arbitralistas no tienen una relación idílica, pero la idea de la que parte el Instituto de Derecho Procesal, que es una entidad con objetivo exclusivamente académico, que tiene más de 65 años de trabajo, ha sido crear los llamados códigos modelos.

Los códigos modelos han sido aquellos códigos que han orientado las reformas procesales en Iberoamérica, tanto en el área procesal civil, en el área procesal penal, en el área administrativa y más recientemente en el área de los procesos colectivos, *class action*, acciones de clase, y que hace unos años, bajo la presidencia del profesor Lorenzo Bujosa, buscó

como uno de sus objetivos centrales empezar a trabajar en el arbitraje, con la idea de generar un diálogo entre el mundo del Derecho Procesal y el mundo del arbitraje.

Nos parecía que era necesario porque había como, por lo menos en Iberoamérica, una lección aprendida de que teníamos que trabajar juntos en esta idea sistémica de la justicia, esto es, en esta visión de la justicia como un sistema donde el proceso judicial, el proceso arbitral, más allá de si lo tenemos que llamar o no proceso, debían dialogar, porque sería una cuestión bastante paradójica, que en la práctica dialogan bastante, muchas veces sin que queramos nosotros, por todas las idas y vueltas que tiene el proceso judicial con el proceso arbitral, tanto en sede previa al arbitraje, como en fase luego de ejecución, o como en fase de nulidad, esto es una permanente interrelación.

Y, por otra parte, porque se está dando un fenómeno bastante interesante en el mundo del Derecho arbitral internacional. Si uno mira los últimos acercamientos en materia normativa o de regulación, hay como un intento de acercar esos dos mundos y el arbitraje, yo creo que ha sido el gran motor de ese acercamiento, los que hemos vivido experiencias de arbitraje internacional, digamos, puede ser un arbitraje en el Ciadi, sabemos que estos dos mundos confluyen.

Y aquí viene algo sobre lo cual hemos venido trabajando también en el instituto, tratar de establecer lazos que permitan extraer lecciones aprendidas del mundo del arbitraje que podamos llevar al mundo del proceso judicial y, a su vez, lecciones del proceso judicial que se puedan trasladar al mundo del arbitraje.

Entonces, con esa idea de contexto se creó una comisión que estuvo integrada por el profesor Ramiro Bejarano de Colombia, el profesor Jorge Rojas de Argentina, y el profesor Adrián Simons de Perú, que prepararon la primera idea de este proyecto.

Y luego, una comisión revisora, que digo los nombres porque quienes trabajan en el trabajo los conocen, estuvo integrada por la profesora portuguesa Paula Costa e Silva, el profesor Carlos Alberto Carmona de Brasil, Rodrigo Fuchs, María Fernanda Vázquez Palma, Juan Pablo Correa, Ulises Canosa, Nelson Ramírez y quien les habla, que hicimos la revisión. Y ahora estamos en la última fase que nos tiene muy ilusionados, porque acabamos de crear además un consejo consultivo que lidera la profesora Paula Costa e Silva y que está integrada nada menos que por Alfredo Bullard, Roque Caivano, Carlos Alberto Carmona y Alexis Mourre. O sea que, hay como un gran entusiasmo en trabajar en esta posibilidad de abrir al mundo del arbitraje.

Por otro lado, sabemos que en el mundo del arbitraje se están dando algunos fenómenos bastante complejos en lo que tiene que ver con la intervención del Estado en el arbitraje, y entonces de alguna manera el Derecho Procesal, como derecho muy vinculado a temas públicos, ustedes saben que en el Derecho Procesal moderno, uno de los valores muy importantes es la publicidad, la transparencia, pero por otro lado en el arbitraje tenemos el mundo de la confidencialidad, y la confidencialidad como un valor o como un atractivo del arbitraje, pero que está haciendo crisis cuando es el Estado el que participa en estos arbitrajes.

Por contar una anécdota, me tocó intervenir en un arbitraje en el Ciadi en el que Félix Morris demandó a Uruguay y me tocó trabajar en la defensa de Uruguay en ese caso, y una de las grandes discusiones era cómo una cuestión que era de política pública de salud de un Estado, una cuestión central de política de salud, se debía resolver en un ámbito de confidencialidad, esto luego derivó regulaciones posteriores en el mundo del Ciadi, pero en ese caso tuvimos, por ejemplo, en el camino tener varias acciones de acceso a la información pública, exigiéndole al Estado uruguayo que le comunicara a la sociedad lo que estaba pasando y el arbitraje era confidencial.

Luego de una sentencia de primera instancia diciéndole al tribunal del Ciadi que debía mostrar lo que estaba pasando en el Ciadi, luego de la apelación y a través de una orden procesal muy interesante que se dicta en el tribunal del Ciadi, logramos finalmente que el Tribunal de Apelaciones, en la segunda instancia, aceptara la confidencialidad hasta que terminara el arbitraje y una vez que se terminó fue inmediatamente publicado el laudo.

Pero esto genera una serie de conflictos y complejidades en el mundo del vínculo entre el arbitraje y la transparencia que debe tener el Estado.

Entonces, en esta introducción voy a guardarme dos minutos para después, porque me quedan solo seis, quería presentarles simplemente dónde estaba la idea, luego analizaré las principales novedades o regulaciones que puede tener. Gracias.

**Alfredo Soria Aguilar:** Sí, sobre eso último, ¿cuáles son las principales líneas de la ley modelo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que se están planteando?

**Santiago Pereira:** Voy a decir algo, pero que no salga de esta sala.

**Alfredo Soria Aguilar:** Claro, así como exclusiva.

**Santiago Pereira:** Mucho lo copiamos de la Ley de Arbitraje de Perú, pero que no salga de aquí.

A ver, hay varias cosas que nos preocupaban desde el mundo del Derecho Procesal. Una de las cuestiones que nos preocupaba es la independencia y la imparcialidad.

El Congreso Mundial de Derecho Procesal que vinimos a celebrar a Lima tenía como único tema «Independencia judicial». Y uno de los

temas que se trató fue, independencia de los árbitros. Estuvo el profesor francés Cavier, que fue quien dio la conferencia sobre este tema y generó este debate. Y la verdad es que quizás Perú, que tiene mucho desarrollo del arbitraje, a diferencia de otros países de América Latina que están menos desarrollados en arbitraje, todavía hay muchos problemas con este enfoque de la independencia y la imparcialidad del árbitro. Por ejemplo, con los árbitros designados de parte, que muchas veces son vistos como un árbitro que dialoga con una de las partes, que obtiene información de una de las partes, y que no se entiende muchas veces cuál es el rol fundamental que debe tener ese árbitro, a pesar de haber sido nombrado por las partes.

Entonces, bueno, en la Ley Modelo —que aprovecho a decirles que está disponible para todos en la página web del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, se puede descargar allí, tanto la Ley Modelo como la exposición de motivos— hacemos mucho hincapié en la imparcialidad y también en la apariencia de imparcialidad, no solo serlo, sino también parecerlo, como una cuestión muy importante.

Y así se establece que los árbitros están obligados a revelar durante toda la tramitación del arbitraje cualquier tipo de circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas de las partes, puede dar lugar a dudas justificadas aun cuando el árbitro está absolutamente convencido de que esa cuestión no afecta ni su imparcialidad ni su independencia.

Y, por otro lado, se establece un principio de que en caso de dudas si el árbitro tuviera dudas sobre si la cuestión esta pudiera generar alguna duda sobre su imparcialidad, debe también revelarla en todo supuesto. Esa es una primera cuestión que nos parecía importante.

La segunda, y creo que engancha con algo del panel anterior que trató del tema de la financiación. Bueno, también regulamos esto. Fue un tema muy polémico, muy discutido en la comisión. Establecimos que las partes tendrán la obligación de revelar la colaboración o participación

de terceros en la financiación de los costos del arbitraje expresamente, incluso permitiéndole al tribunal adoptar medidas que estime necesarias por la posible relación entre el financiador con los árbitros o con las partes.

La idea es aquí un absoluto principio de transparencia. El financiador debe mantener también la confidencialidad, pero tiene necesariamente que poner en conocimiento, porque no hay duda de que si un miembro del tribunal arbitral no sabe que otro miembro del tribunal arbitral puede conocer a un financiador, o si una parte no sabe que se enteró uno de los miembros del tribunal que hay un financiador, estamos en una situación, por lo menos llamaría yo, de delicadeza y complejidad.

Por otro lado, en cuanto a esto del tercero financiador, se establece algo que fue muy polémico, que el financiador podía tener dos posibles roles o ambos. Uno, financiar a una parte, o incluso brindar apoyo sustancial en el seguimiento o defensa del procedimiento arbitral, por ejemplo, designación de abogados, definición de estrategia de la defensa, tema que fue muy debatido también. Y se le concede al tribunal el poder deber de exigir y conocer la totalidad del convenio de financiamiento.

Esto también fue muy polémico, puede ser demasiado amplio, pero se priorizó la transparencia en este sentido y, por lo tanto, se estableció que el tribunal podía solicitarle que exhibiera la totalidad del convenio de financiamiento.

Y luego, un paso más que también puede generar bastante controversia es que la parte que no es objeto de financiamiento podría solicitar que los costos arbitrales sean del cargo del tercero financiador. ¿Por qué? Porque se están viendo casos a nivel internacional de empresas, o a veces inversores, que son prácticamente insolventes porque sus proyectos fracasaron, van a realizar un reclamo contra el Estado.

En realidad, no tienen recursos, entonces, ¿cómo llegan al arbitraje? A través de un tercero que financia, pero si ese inversor pierde el proceso contra el Estado y es condenado a pagar los gastos del arbitraje, la pregunta es: ¿cómo cobra el Estado los gastos del arbitraje?

Entonces, una posibilidad puede ser: si usted viene al arbitraje con un financiador que financie la totalidad del arbitraje y usted pierde el arbitraje y es condenado a pagar los gastos, que ese financiador quede obligado a, en definitiva, ser quien paga los gastos del arbitraje.

Por otro lado, en cuanto a esta insistencia sobre la transparencia, se establece en el artículo 14 el deber de las partes de informar al tribunal, el nombre de cualquier persona que pueda estar trabajando en el equipo de arbitraje y no participe de las audiencias, o sea, hay veces que puede haber un conflicto de intereses no con alguien que públicamente está actuando en el proceso, por ejemplo, porque integra el equipo de abogados de la defensa o el equipo de auxilio de la defensa, pero que, sin embargo, integra ese equipo y no es denunciado.

Entonces, la idea es que las partes deban denunciar a todos los integrantes del equipo de la defensa para evitar todas las dificultades que ustedes saben que estamos teniendo en muchos casos en temas de arbitraje.

En definitiva, como les decía, la idea central de este proyecto es generar un debate entre el mundo del arbitraje y el mundo del Derecho Procesal. Esperemos que sea un aporte útil. Estamos abiertos a las sugerencias de ustedes, que son los expertos. En la página web del instituto está también el *e-mail*, si nos quieren hacer llegar críticas, comentarios o propuestas.

Esperemos que esto genere un diálogo entre el mundo del arbitraje y el mundo del Derecho Procesal. El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal no tiene ninguna finalidad de ser un centro de arbitraje

ni es su pretensión. Todo lo contrario, es simplemente dar un aporte académico desde el Derecho Procesal, que pueda colaborar en el arbitraje, porque quienes trabajamos en arbitraje sabemos también que muchas veces los arbitrajes que ganan no se pierden por cuestiones procesales.

Muchas gracias.

**Alberto Soria Aguilar:** Muchas gracias, doctor Pereira.

Vamos a continuar con el doctor Martín Wong y nos va a hablar sobre motivación del laudo. Así que tenemos las siguientes preguntas. Primero: ¿qué funciones cumple la motivación en el arbitraje? En el ámbito del Poder Judicial sirve para sustentar una apelación, pero en el arbitraje no hay apelación. Entonces es un primer punto que se objeta respecto de si debería ser extensa o debidamente motivada la decisión del tribunal arbitral.

**Martín Wong Abad:** Muchas gracias por la invitación al Centro de Resolución de Conflictos de la Universidad Católica, mi universidad. Muchas gracias a la doctora Anchante y a Silvia por la invitación.

No he cambiado de opinión, por si acaso. Esto lo pensaba antes del primero de marzo, así que lo sigo pensando ahora, ahora que ya estoy fungiendo como árbitro. Y muchas gracias por la bienvenida al mundo arbitral, dicho sea de paso.

A ver, es interesante lo que decía el doctor Pereira, porque yo no lo discuto, lo doy por sentado, el arbitraje también es un proceso. Y uno piensa a veces llevar las categorías del proceso que siempre conocemos, el proceso civil, llevarlos al proceso de arbitraje y el tema no funciona necesariamente así. ¿Por qué? Porque puede tener el mismo nombre, pero las funciones que cumple la motivación en el proceso judicial es una función muy distinta en el proceso arbitral.

Entonces, puede tener el mismo membrete, pero funciona para cosas distintas. ¿Esto es teoría del proceso civil? En el proceso de la jurisdicción ordinaria, la motivación sirve, en primer lugar, para legitimar el trabajo del juez. El juez, a través de la motivación de su sentencia le dice a la comunidad que está sometido a la ley y a la Constitución. Hay una función constituyente legitimadora, políticamente legitimadora.

También, lo que acaba de decir Alfredo, se cumple la función de permitirle a la parte que ha perdido poder impugnar los razonamientos del juez. Y también, y esto es algo que casi no se menciona, también a través de la motivación podemos detectar las lesiones que ha sufrido el derecho de defensa.

Vamos al arbitraje. En el arbitraje, ¿cómo se legitima el árbitro? El árbitro no se legitima por el contenido de la decisión que adopte. No se legitima mostrándole a la comunidad. Y este es un tema que quiero subrayar. Me estoy refiriendo al arbitraje privado, fundamentalmente. Después entraremos en las complejidades del arbitraje administrativo y del arbitraje con el Estado, pero pensando en el arbitraje privado, la legitimación del árbitro se da porque la parte lo elige. Las partes no escogen al Poder Judicial y no escogen al juez. En este caso, la legitimación es cómo estamos eligiendo a nuestro congresista, a nuestro presidente, estamos eligiendo directamente a nuestro árbitro. Participo en la designación del árbitro. Por coincidencia, la legitimación, la legitimidad del árbitro se da en eso. Ahí no hay función que la motivación cumpla para legitimar al árbitro. No hay apelación en el arbitraje. Por lo menos, no necesariamente hay apelación en el arbitraje. Por coincidencia, tampoco cumple función ahí.

Entonces, nos queda el tercer rubro. En el arbitraje, la motivación nos sirve muchísimas veces para detectar problemas y lesiones al derecho de defensa.

Hay un caso emblemático. Uno considera emblemáticos los casos que uno resuelve, ¿no es cierto? Entonces, no necesariamente son emblemáticos, pero creo que tuvo cierto impacto en algún momento.

Es un caso muy interesante, un caso en el cual el tribunal arbitral decide respecto de una cláusula absolutamente protestativa. Aquí lo simpático del asunto es que para fundar su decisión citaban al doctor Fernando Vidal Ramírez, tratadista de acto jurídico.

Lo absolutamente extraordinario del caso es que el tercer árbitro que hacía voto en discordia, ¿quién era? Fernando Vidal Ramírez. Y Fernando Vidal Ramírez decía: me están citando mal, no están entendiendo lo que yo quiero decir.

Por consiguiente, y era evidente, el error de Derecho era total y absolutamente evidente, realmente la audacia era bastante grande. Pero el laudo tenía otro defecto, que los árbitros estaban laudando y en el momento de laudar ya le habían dado la razón, habían señalado, antes de tomar la decisión, que era responsable una de las partes. Pero no tenían cómo señalar monto en la indemnización, por consiguiente, se les ocurrió en ese momento hacer ingresar una prueba de oficio. Estaban laudando. Estaban escribiendo el laudo y dijeron: necesitamos prueba de oficio e incorporaron una prueba de oficio al proceso arbitral. ¿La trasladaron? ¿Se acudieron a defender las partes acerca de esa prueba? No, en virtud de esa prueba condenaron a la parte perdedora a pagar nada menos que 16 millones de soles, que al cambio son más de 4 millones de dólares, para que se den una idea los amigos extranjeros.

Se le pidió a la sala comercial anular el laudo por motivación aparente y, además, por este segundo defecto de prueba introducida irregularmente al arbitraje. ¿Qué dijo la sala? En este caso dijo: respecto del tema de derecho yo no lo voy a tocar. Ese es tema de fondo. La motivación me puede parecer terrible, pero yo no la toco. Ese es mi límite,

pero voy a anular el laudo por este segundo defecto, porque has introducido una prueba y has fundado tu decisión en una prueba, porque la motivación se sustenta en esa prueba.

Imagínense que se hubiera introducido la prueba irregularmente, pero que la motivación no la hubiera utilizado para sustentar de ninguna manera el caso o la decisión. La condena se hubiera sustentado en otras pruebas. ¿Podríamos anular? No, porque no sería tocada la motivación. La motivación no denunciaba el vicio.

Entonces, ese es el ejemplo con el que quiero ingresar y en la segunda pregunta espero tener un minuto más para desarrollar lo que yo pretendo sea un estándar de motivación y de control de los laudos.

**Alfredo Soria Aguilar:** Sí, precisamente sobre el estándar. A nivel judicial, el control judicial de la motivación de los laudos: ¿cuál es el avance que ha habido respecto del estándar de la motivación? ¿Podría ilustrarnos con algunos casos recientes que usted conoce?

**Martín Wong Abad:** Es una pregunta en la que no sé responder en forma resumida. Pero, a ver, en líneas generales, ha habido un avance. ¿De acuerdo?

Recuerdo, aquí está Gonzalo, discutíamos eso, ¿hace cuánto? Más de diez años en algún congreso, y yo le decía es bueno que discutamos sobre la motivación. ¿Por qué? Porque de esa manera vamos a ir construyendo estándares y vamos a saber qué reclamar en determinados casos. Es decir, va a haber casos claros, siempre vamos a discutir sobre algunos, pero va a haber casos claros en los que vamos a decir aquí debió anularse o aquí no debió anularse.

Yo creo que todavía estamos en esa situación. Yo creo que ha habido una muchísima mayor comprensión de nosotros, los árbitros, ahora, sobre este problema.

Yo he discutido esto, como ustedes saben, muchísimo, con Cantuarias, quien, de verdad, estimo muchísimo, una de las personas más inteligentes y un prócer en el arbitraje en nuestro país. Hemos discutido muchísimo y una de las últimas veces que hemos discutido dijo públicamente, no es una infidencia entonces: sí, por supuesto, se pueden anular laudos por temas de motivación.

Para mí eso fue una cuestión extraordinaria de escuchar. Y creo que ahora lo que tenemos que ir es hacia eso, ir construyendo casos tipo en los cuales sí podemos reclamar ciertas cosas, tanto a los árbitros como a la jurisdicción.

**Alfredo Soria Aguilar:** ¿Algún caso reciente que le haya llamado la atención sobre este tema de motivación?

**Martín Wong Abad:** Uno de los casos más interesantes, y no es solamente uno de los casos, se está dando bastante seguido y las dos salas tienen la misma posición, lo cual es importante, pero la primera sala, con ponencia del doctor Martel Chang, que ha dicho una frase que a mí me pareció fabulosa para resaltar refiriéndose a la valoración de las pericias por parte de los árbitros, en la sala comercial, la primera, en concordancia con la segunda, pero en palabras muy gráficas ha dicho: no se puede hacer actos de fe respecto de las pericias, los árbitros tienen que explicar a las partes por qué consideran que una pericia llega a las conclusiones, porque es válido que las conclusiones que se infieren de la pericia tengan sustento, cuál es la metodología utilizada por los árbitros, preparada por los peritos, y cómo lo han juzgado los árbitros, y ahí hay un punto que me parece que habría que trabajar.

El examen y valoración de pericia por los árbitros es un tema que creo que crea dificultad, los jueces tienen el mismo problema y, por consiguiente, hay que trabajarlo ahí bastante, la Facultad de Derecho de PUCP está trabajando en el tema de pruebas muchísimo y creo que por ahí tenemos una ventaja como centro.

**Alfredo Soria Aguilar:** Muchísimas gracias al doctor Wong.

A continuación, tenemos dos temas de medidas cautelares. Vamos a ir por la parte general, primero, con el doctor Giovanni Priori y luego con el doctor David Ortiz para el caso específico del arbitraje de emergencia.

Al doctor Giovanni Priori sobre medidas cautelares en el arbitraje: ¿cuál es el alcance de la tutela cautelar en el arbitraje?

**Giovanni Priori Posada:** Buenas noches, también quería ante todo agradecer la invitación del Centro de Resolución de Conflictos de la PUCP por esta invitación, por compartir con mis distinguidos colegas esta mesa.

Cuando solemos pensar o tratar de justificar por qué las partes deciden ir a arbitraje en vez de someter sus controversias al Poder Judicial, las respuestas comúnmente son porque se resuelve más rápido y porque las partes deciden su árbitro, es decir, buscan personas que, con mayores conocimientos técnicos o especialización, vayan a resolver controversias de tal o cual sentido.

Sin embargo, un arbitraje rápido y no efectivo puede ser peor que un proceso lento que podría al final ser efectivo. Y este es el rol que cumple la tutela cautelar en el arbitraje, es decir, garantizar que cuando ocurra, si ocurre, que se expide el laudo y tenga que ejecutarse, aquella parte que demandó pueda ver en el mundo de los hechos realmente satisfecho su derecho. Y esto tiene que ver con el derecho a tutela judicial efectiva, que tiene que también ser garantizado en el arbitraje.

La Ley de Arbitraje peruana va en la línea de contemplar un régimen cautelar bastante amplio. Esto es una característica en verdad del sistema jurídico peruano. El sistema jurídico peruano, y esto, a diferencia de muchos otros iberoamericanos, tiene un sistema cautelar bastante amplio

que se recoge así también en la Ley de Arbitraje cuando utiliza la frase: toda medida temporal contenido de una decisión para y viene inmediatamente con cuatro contenidos posibles. Pero voy a citar solo el primero porque aquí está todo. Mantener o restablecer el *statu quo*. Hubiera bastado esa frase para decir que todo es posible.

Y, claro, es tan amplia la tutela cautelar en el arbitraje que incluso incorporan algo que no debería estar técnicamente como tutela cautelar, que es la preservación de los efectos de prueba.

Históricamente, durante mucho tiempo se trató como una medida cautelar, pero luego, poco a poco, se fue descartando porque cumple otras finalidades, tiene otros objetivos y, por lo tanto, otros presupuestos.

Por eso, si uno revisa la Ley de Arbitraje peruana, y en esa misma línea va la Ley Modelo también del Instituto Iberoamericano, el régimen de tutela cautelar peruano es general y atípico. No hay una línea de medidas cautelares que uno puede solicitar, es bastante amplio y atípico. ¿Qué genera? Una mayor responsabilidad en quien lo pide para no excederse y no abusar, y que tiene que analizar los presupuestos para ver de conceder aquello que efectivamente se requiere para garantizar la efectividad.

En regímenes amplios y generales, el presupuesto de la idoneidad, adecuación o razonabilidad de la medida se torna en mucho más importante que en regímenes donde la tutela cautelar es típica y específica, porque ese trabajo lo hace la ley. El trabajo que no ha hecho la ley lo tiene que hacer ahora el árbitro.

Con esto termino, y un poco voy al inicio de la pregunta que ha formulado Alfredo. La ley establece definición, posibilidad, pero no establece presupuestos para la concepción de una medida cautelar de la Ley de Arbitraje. Más allá de establecer posibles contenidos, que ya dije,

es bastante amplio, por lo cual tenemos que acudir necesariamente a la doctrina. Si no queremos ir al Código Procesal Civil, por lo menos tendríamos que ir a la doctrina procesal, que nos dice que los presupuestos son peligro de la demora, verosimilitud y adecuación.

Aun cuando es bien interesante que quizá de manera indirecta la Ley de Arbitraje sí regula el requisito de peligro de la demora cuando precisamente uno de los cuatro párrafos que puede contener la medida cautelar dice que es para hacer frente a cualquier peligro actual o inminente, por lo cual son dos estándares para medir el hecho contra el cual se quiere actuar para conceder una medida cautelar.

**Alfredo Soria Aguilar:** Respecto de lo que se puede pedir en una medida cautelar, ¿hay límites? ¿Cuáles son, eventualmente, si los hubiera?

**Giovanni Priori Posada:** Hay varios límites en la medida cautelar. El primero, que podríamos llamar, objetivo, tiene que ver con que la medida cautelar tiene un carácter instrumental, con lo cual solamente puede dictarse como medida cautelar aquello que sirva para garantizar la efectividad de la pretensión que se ha planteado en el proceso.

Puede ser que aquello sea lo que en Derecho Procesal se llama una medida anticipada u otros denominan tutela cautelar coincidente, es decir, en muchos casos podría ocurrir una ejecución de carta fianza. Es el mejor ejemplo cuando hay que hacer frente al riesgo de ejecutarse la carta fianza o más bien que se desprendan los fondos que están por darse en una carta fianza, y es la medida cautelar que consiste en exactamente lo mismo que uno pretende en la pretensión, adelantar provisionalmente y temporalmente aquello que se está pidiendo en el laudo. Entonces, ahí hay un primer límite.

Un segundo límite es un límite subjetivo. La medida cautelar solamente puede afectar a aquellos que requieren ser afectados para hacer

efectiva la pretensión que ha sido planteada. Es verdad, un primer ámbito está en quienes son parte del proceso arbitral, pero si yo tengo procesos arbitrales con siete sujetos, no necesariamente una medida cautelar va a afectar a cinco o seis sujetos. Podría ser que la medida cautelar solo afecte pasivamente a uno de ellos. Por eso hay que tener muy claro el límite para determinar el contenido de la medida cautelar.

Hay límites de tipo temporal. La caducidad de la medida por el hecho de no haberse presentado la solicitud de arbitraje antes, cuando se ha dictado antes del inicio del procedimiento arbitral, o cuando no se ha constituido el tribunal arbitral en el plazo de noventa días después de dictada la medida cautelar, o la extinción, cuando termine el proceso, con todo lo que se supone que por razones de tiempo, de problemas, que por razones de tiempo no me detengo, por ejemplo, desde cuándo computo el plazo, o qué pasa en el caso que la demora se debe a culpa del centro de arbitraje o del tribunal arbitral, y no de aquel que pidió la medida cautelar, porque la norma está pensando en que la demora en la constitución del tribunal sea por causa imputable al de la solicitud, pero puede ser que no sea por eso.

Y otro tipo de límites como el de irreversibilidad. No se puede dictar nunca como medida cautelar algo que genere efectos irreversibles, porque la medida cautelar siempre es provisional y siempre debe tener la posibilidad de volver las cosas al estado anterior y el límite es del tipo jurídico. Con una medida cautelar no se puede afectar la cosa juzgada, con una medida cautelar no se puede pretender revertir los efectos de otra medida cautelar.

Entonces, en aquellos ordenamientos como el peruano donde el régimen cautelar es amplio, creo que es donde hay que tener mayor cuidado con los límites, con aquello que, dentro de ese ámbito amplio, no podríamos hacer.

**Alfredo Soria Aguilar:** Agradecemos al doctor Priori.

Acerca del arbitraje de emergencia, al doctor David Ortiz le consultamos si el arbitraje de emergencia es aplicable en las diputas que involucran a entidades públicas. ¿Cuál es su opinión?

**David Ortiz:** Sean mis primeras palabras para agradecer al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú por permitirnos participar en estos eventos, que creo que son muy importantes, y sobre todo recoger la posición de todos los actores en el arbitraje.

Mi respuesta, evidentemente, va a generar, de repente, posiciones contrarias y creo que de eso se trata estos eventos académicos, no necesariamente ir por donde sigue la mayoría, sino dar propuestas un poco más críticas.

En ese sentido, voy a responder que no, y lo voy a sustentar brevemente en estos minutos.

Para dar fundamento a esta respuesta voy a hacer un breve análisis sobre cómo se ha incorporado esta figura del arbitraje de emergencia en Latinoamérica y sobre todo en el Perú, lo que nos interesa. El arbitraje de emergencia es una institución jurídica que no nace en estricto en la CCI, en el Reglamento de Arbitraje 2012, porque cuando estuve preparando esta presentación encontré diversos artículos de algunos profesores de Derecho, árbitros, y señalaban que el origen está en el Reglamento CCI 2012. No, está un poco más atrás, porque la primera institución que recoge el arbitraje de emergencia es el Centro Internacional de Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitrajes el año 2006.

Evidentemente, este reglamento no fue objeto de inspiración para nosotros, puesto que en estricto está relacionado a controversias estrictamente privadas y me imagino también por la limitación del idioma, porque todos sus pronunciamientos están en el inglés.

Seguidamente, en el año 2008, la Cámara de Comercio de México incorpora también a esta institución del arbitraje de emergencia, pero ese reglamento no fue motivación para que nosotros recojamos el arbitraje de emergencia. Y así en 2010, por ejemplo, el Centro de Arbitraje de Singapur; el 2012, la Cámara de Comercio de la CCI, y subrayo esto porque voy a tocar más adelante este punto; el 2013, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Hong Kong; el 2014, la Corte de Arbitraje de Londres; el 2015, la Comisión de Arbitraje de la China.

Entonces, he observado que los principales centros de arbitraje del país —digo los principales porque hay instituciones arbitrales que se crean de la noche a la mañana, y evidentemente ellos no saben cuál es el sustento, el fundamento teórico del arbitraje de emergencia, simplemente lo utilizan— han tomado como referencia al reglamento de arbitraje de la CCI del año 2012. En consecuencia, me pregunto, ¿se habrá tomado en cuenta los antecedentes que sustentaron la incorporación del arbitraje de emergencia, sobre todo cuando involucra al Estado y a las entidades públicas?

Es importante tener en cuenta esta pregunta para resolver esta interrogante. Debemos tener en cuenta que antes de la vigencia del reglamento de arbitraje de 2012 estaba vigente el reglamento del año 1998, pero en evidentemente no estaba regulado el arbitraje de emergencia. La CCI se dio cuenta que estaba sucediendo algo anormal, porque del 100 % de sus controversias arbitrales el 10 % eran arbitrajes en los que estaba involucrado algún Estado o entidades estatales.

Ante esta preocupación y la queja de algunos Estados —y Latinoamérica no aparece acá, porque en este 10 % de Estados están, básicamente, Estados de África, Asia y Europa— conforma a una comisión especial denominada Comisión o Grupo de Trabajo sobre Arbitraje que involucra a los Estados y entidades públicas, aproximadamente en el año 2009 y le da un trabajo a este grupo: analiza si estas reglas que nosotros estamos utilizando para resolver controversias comerciales, privadas,

son aplicables o no para controversias con el Estado, porque vamos a sacar un nuevo reglamento 2012 y queremos saber tu opinión.

Y así se forma un grupo especial liderado por dos juristas, uno colombiano, el doctor Eduardo Silva Romero, y Lord Goldsmith, y hacen una serie de estudios.

¿Cuál era la consulta específica de la CCI? La CCI solicitó al comité que considerara si en los arbitrajes que involucran al Estado exigen reglas diferentes que se aplican a los arbitrajes comerciales.

En consecuencia, se hizo este análisis y el comité pudo consultar a diferentes teóricos, árbitros, profesores de Derecho, consultó también al Estado y recogió una serie de observaciones. ¿Cuáles fueron las recomendaciones que hizo, por ejemplo, este grupo importante de profesionales conformado por más de 160 árbitros de talla internacional? Por ejemplo, la primera sugerencia que hizo es que el reglamento de 1998 en el artículo 1.1. se señalaba que la corte de arbitraje resuelve disputas comerciales. Se preguntó al comité, pero estamos viendo que el 10 % son partes estatales y estas partes estatales cuando suscriben un contrato no están iniciando relaciones comerciales, sino simplemente suscriben los contratos porque tienen básicamente estos contratos finalidad pública y no fines comerciales. Y es por eso que el reglamento de 2012 saca el término «comerciales» y dice que el tribunal por sí solo no resuelve disputas, administra la resolución de disputas de manera general ¿Esto qué quiere decir? Que el reglamento de la CCI, 2012 se está adecuando a este nuevo fenómeno que es el Estado.

Otra sugerencia que se hizo, por ejemplo, era con respecto a la designación del árbitro único o presidente del tribunal arbitral.

Aquí, los comités nacionales de arbitraje tenían un rol muy importante. ¿Qué decía el artículo 9 numeral 13 del reglamento del año 1998? Que la Corte designará al árbitro único o al presidente de la lista de los

comités nacionales de la CCI. ¿Y qué determinó este grupo de investigadores al hacer estos estudios de campo? Que la mayoría de integrantes que conformaban estos comités nacionales estaban integrados frecuentemente por el principal grupo empresarial del país, en consecuencia, cuando proponían la lista de árbitros tenían un perfil estrictamente comercial privado.

Entonces, ¿qué es lo que hace la CCI? Recoge esa sugerencia y en el reglamento del 2012, por ejemplo, en el artículo 13 numeral 4 señala que la corte también podrá nombrar directamente al árbitro, ya no de los comités nacionales, pero siempre y cuando una de las partes sea el Estado o una entidad estatal.

Entonces, nos estamos dando cuenta de que en el reglamento de la corte, que por antonomasia ha servido para resolver controversias comerciales, se ha dado cuenta de que el Estado también es parte y, en consecuencia, se está adaptando.

Otro punto y otra sugerencia que hace este cuerpo de profesionales era con respecto al uso del término «contrato». En el artículo 17 del reglamento CCI 98 se señalaba que el tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales. ¿Qué es lo que sucede? En ese 10 % había controversias que habían derivado de algunos TBI o tratados. No había contratos, evidentemente, porque las relaciones comerciales nacen de relaciones contractuales, pero como el Estado está ingresando, el Estado no firma contratos, por lo general, sino tratados, entonces modifica.

En el reglamento 2012 se coloca que el tribunal arbitral tendrá en cuenta las disposiciones del contrato, si lo hubiera. Se está adaptando a esta nueva realidad.

Me pregunto, y ustedes de repente dirán, ¿y qué tiene que ver esto con el arbitraje de emergencia? También este grupo de profesionales

hizo una sugerencia a la CCI con respecto al arbitraje de emergencia, que de repente no lo hemos tomado en cuenta. El comité propuso que el arbitraje de emergencia no debería aplicarse en controversias que involucren a Estados o a entidades públicas, ya sea que dichas disputas surjan de una relación contractual o de un tratado.

Cuando recibió esta sugerencia, la CCI, evidentemente, no puso un «no» tajante, sino simplemente dijo que no era políticamente correcto, porque como en el 2012 se iba a agregar esta nueva institución del arbitraje de emergencia a las políticas de la CCI, justamente promocionar, si yo voy a empezar limitando al arbitraje de emergencia para controversias con el Estado, pues prácticamente estoy desmereciendo esta figura que voy a promocionar.

Entonces, la CCI coge parcialmente la sugerencia y en el numeral 5 del artículo 29 del reglamento CCI, que está en el actual reglamento, señala que el arbitraje de emergencia no se aplica para arbitrajes de inversión.

Posiblemente más adelante y en la próxima modificatoria señalará que tampoco se aplica a arbitrajes que nacen de una relación contractual donde el Estado es parte.

Entonces, respondo y llego nuevamente a la respuesta que di hace un momento. No, porque en realidad la fuente que nos sirvió de inspiración tampoco lo contempló así, fue un tema básicamente de política que se tomó sobre el arbitraje de emergencia.

En la segunda parte de mi presentación, y ya no teóricamente como he señalado ahora, sino ya con la casuística y, sobre todo, con lo que estamos viviendo desde la Procuraduría Pública del MTC, voy a demostrar con casos reales que no se debe aplicar el arbitraje de emergencia en controversias en el cual el Estado es parte.

**Alfredo Soria Aguilar:** Gracias, doctor.

Nos ha dejado todavía con la pregunta ¿qué casos concretos? Porque, precisamente, nos está adelantando algo que le iba a preguntar, ¿qué casos llevan a una posición así? Y, sobre todo, porque la Ley de Arbitraje en el artículo 45.1 señala que en el convenio de arbitral las partes pueden establecer el arbitraje conforme a lo que consideren conveniente.

Entonces, si hay un reglamento al cual se acogen las partes, ese reglamento es el que está aceptando el Estado, pero entiendo que hay casos y casos. ¿Usted nos va a plantear, seguramente, algunos casos interesantes?

**David Ortiz:** Justamente, por ejemplo, desde la experiencia de la Procuraduría del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, actualmente tenemos catorce procesos de medidas cautelares de emergencia que están vigentes y diecisiete procesos arbitrales que ya se han dejado sin efecto dado que el tribunal arbitral que se ha constituido ha observado algunas irregularidades y levantó la medida cautelar.

Por lo general, ¿qué ordenan estas medidas cautelares de árbitros de emergencia? Mantener el *statu quo* del contrato, como señaló lo que anteriormente se dio, no aplicar penalidades, no intervenir económicamente en el contrato, no ordenar la ejecución de garantías de adelanto directo o adelanto de materiales. Incluso ordenan al Estado, en este caso, por ejemplo, a Provias Nacional amortizar adelantos.

¿Esto qué problema que ha generado? Que no tenemos en cuenta, por ejemplo, cuál es el fin de los contratos públicos. Los contratos públicos tienen una finalidad social, que es satisfacer las necesidades sociales a través de la infraestructura, infraestructura vial, a través de las carteras educativas, a través de la construcción de colegios, infraestructura sanitaria, entre otros.

Pero cuando recibimos una medida cautelar que me dice mantenga el *statu quo* del contrato hasta que se resuelva el proceso principal, dos, tres, cuatro años, una obra suspendida, con una medida cautelar y generando perjuicios económicos, sociales, graves. Pero eso no es todo, porque esto también podría hacerlo un árbitro o un tribunal arbitral constituido. El problema está y eso lo hemos podido evidenciar en los casos del MTC que la mayoría de estos centros de arbitraje son desconocidos y de reciente inscripción en el Renace. Por ejemplo, hemos podido verificar que muchos de los reglamentos de estos centros de arbitraje no están publicados en la página web.

Pasó que un centro de arbitraje colocó en su reglamento que el horario de atención era hasta las 11 de la noche, presentamos la reconsideración a la medida cautelar del árbitro de emergencia a las 10:50 por la excesiva carga que tenemos y nos declaran improcedentes por extemporáneo. Nos preguntamos, ¿por qué? Si lo hemos hecho dentro de plazo. No, en el reglamento dice hasta las 5 de la tarde.

¿Qué es lo que habían hecho? Habían modificado el reglamento que estaba en su página web. Por ejemplo, la mayoría de estos reglamentos no establecen plazos para oponerse o reconsiderar un mandato cautelar. Interpretan antojadizamente sus propios reglamentos. Por ejemplo, en una medida cautelar, un centro de arbitraje designó un árbitro de emergencia y este dictó una medida cautelar. Evidentemente, este árbitro tenía conflicto de intereses y pretendíamos recusarlo y observamos, por ejemplo, que su reglamento establece una tasa de 20 mil soles para recusar. Son centros de arbitraje sin experiencia y con poco conocimiento.

Hace poco nos ha llegado una medida cautelar que suspende la ejecución de un contrato de más de 500 millones de soles y el árbitro de emergencia es un bachiller de Derecho.

Ha llegado otra medida cautelar que suspende un importante contrato de ejecución de una obra vial y el abogado recién tiene dos meses de abogado.

Nuevamente, ha llegado otra medida cautelar de un centro de arbitraje X y el árbitro está investigado por feminicidio.

Entonces, como ustedes podrán observar, eso genera una suerte de inseguridad jurídica y, además, también genera perjuicio económico porque con todas estas medidas cautelares otorgadas por los árbitros de emergencia, con el equipo de arbitraje hemos podido sacar una estadística de cuánto nos impiden, por ejemplo, ejecutar cartas fianzas.

Todas estas medidas cautelares impiden al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, por ejemplo, montos que superan los 185 millones de soles, que es dinero de todos nosotros, porque el Estado otorgó como adelanto directo o adelanto de materiales. Pero el árbitro de emergencia te dice espera que se resuelva esta controversia.

Y otro problema que hemos podido observar, por ejemplo, los árbitros de emergencia realizan control difuso sin ningún criterio. He podido tener el gusto de estudiar una maestría en Derecho Constitucional y el profesor Giovanni, que Priori fue mi profesor en la maestría, no me va a dejar mentir. Por ejemplo, en la maestría de Constitucional estudiamos casi un ciclo la clase de control difuso. Analizamos el caso John Koch de 1610, Marbury vs. Madison de 1803, todos los precedentes del Tribunal Constitucional y así nos complica aplicar el control difuso.

Y, además, el Código Procesal Constitucional, la Constitución, la jurisprudencia, etc., te pide un análisis intelectual, no es simplemente que inapliques una norma a través del control difuso, te dice si es que no encuentras una interpretación conforme a la Constitución, *ultima ratio*, inaplicas porque existe un principio constitucional que se llama principio de presunción de constitucionalidad.

Cuando inaplicas a través del control difuso estás inaplicando una norma que la ha dictado el Congreso de la República, que representa a cada uno de nosotros y, por lo tanto, la motivación debe ser fuerte. Ustedes revisan estas medidas cautelares de árbitros de emergencia, en dos palabras, aplicamos control difuso e inaplicamos el decreto de urgencia X, Y, Z. Eso no puede ser, entre otros aspectos.

Finalmente, creo que el Renace debería desaparecer, no está haciendo un buen trabajo. No puede ser que exista aprobación automática para tener centros de arbitraje. Yo creo que esto debería volver al OSCE y es un sinsentido. Mientras a un centro de conciliación que ven temas simples, les pide requisitos adicionales, vas a supervisar, tienes que entrevistarlo, entre otros, para dar una licencia a un centro de arbitraje que va a conocer controversias de millones de soles hay aprobación automática, no tiene sentido.

Con esto concluyo. Muchas gracias.

**Alfredo Soria Aguilar:** Muchas gracias.

De repente el problema no son las medidas cautelares, sino las instituciones arbitrales que surgen como si fuera un restaurante o un kiosco que vende gaseosas. De repente ese es el problema, pero no necesariamente la figura de la medida cautelar.

Vamos a contestar algunas preguntas.

**Persona del público:** Buenas noches. Muchísimas gracias. Un panel de lujo, realmente. Superinteresante todo lo que han comentado.

Quisiera preguntarle algo a David, precisamente sobre esta revocatoria que hace, de repente, el tribunal ya constituido. ¿Hay alguna sanción o algún pronunciamiento sobre dejar sin efecto estas medidas cau-

telares que han dictado los árbitros de emergencia? Es decir, ¿los tribunales arbitrales han señalado algo? ¿Se debió dar? ¿No se debió dar? ¿Qué acción ha tomado el ministerio cuando, por ejemplo, se les ha revocado esta medida cautelar y ha generado algún daño? ¿Alguna sanción con el árbitro con la otra parte?

**David Ortiz:** Por ejemplo, las instituciones de arbitraje que son serias, entre ellas el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ante estas circunstancias, efectivamente, han tomado medidas concretas. ¿Qué es lo que sucede? En un convenio arbitral se señalaba que las controversias serán resueltas en el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. ¿Qué es lo que hace el contratista? Se olvida de ese convenio arbitral, se va a un centro de arbitraje que se constituye un día antes, obtiene una medida cautelar del árbitro de emergencia y ese árbitro de emergencia ordena al MTC que mantenga el *statu quo* del contrato, y luego el proceso arbitral sí lo inicia en el Centro de Arbitraje de la PUCP.

El tribunal arbitral, y yo admiro bastante esta decisión que ha tomado, evalúa y dice aquí ha habido un abocamiento individual de este centro de arbitraje, por lo tanto, como hay presumiblemente la comisión de un delito esto se ha derivado al Ministerio Público.

Evidentemente, entonces, esas acciones son importantes y fortalecen hacer el control respondiente.

La Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes en esta semana, por ejemplo, está formulando una denuncia, también en términos similares, contra un centro de arbitraje que emite una decisión cautelar ordenando al MTC que mantenga el *statu quo* del contrato.

¿Pero qué es lo que sucede? Ni eso ha podido hacer. Este centro de arbitraje ni siquiera está registrado en el Renace. Entonces, eso es grave.

Si eso es aprobación automática, un día antes por lo menos debieron registrarlo.

Entonces, ahí se está formulando una acción penal y de repente pronto esto lo vamos a difundir, porque es necesario difundirlo para comunicar a la ciudadanía qué se está haciendo con respecto a estas acciones negativas. Esa sería mi respuesta.

Muchas gracias.

**Alfredo Soria Aguilar:** Muchísimas gracias. Agradecemos a los integrantes de este panel que nos han ilustrado sobre estos temas tan interesantes. Muchas gracias a ustedes.

### **MESA 3: LA APLICACIÓN DE LOS *DISPUTE BOARDS* EN EL PERÚ. ¿QUÉ NOS FALTA PARA CONSOLIDARLOS?**

**Presentadora:** Buenas noches con todos. A nombre del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, les damos una cordial bienvenida al segundo día del XVII Congreso Internacional de Arbitraje y JRD de la PUCP, espacio dedicado al intercambio de conocimientos y experiencias en materia de arbitraje, *dispute boards* y resolución de conflictos.

A continuación, daremos inicio a las ponencias de la mesa 3 denominada «La aplicación de los *dispute boards* en el Perú. ¿Qué nos falta para consolidarlos?»

El moderador de esta mesa es el doctor Jaime Gray, quien es abogado, es fundador de Navarro, Sologuren, Paredes y Gray, especialista en Derecho de la Construcción y Solución de Alternativas de Disputas. Fue uno de los *chairs* del Comité de Proyectos de Construcción Internacional de la International Bar Association, es presidente de la región cuatro y representante en el Perú de la Dispute Resolution Board Foundation. Fue miembro del Capacity Building Committee de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores. Ha asesorado diversos proyectos de infraestructura en el Perú y América. Asimismo, es árbitro y miembro de *dispute boards*.

**Jaime Gray:** Muy buenas noches. Quiero empezar agradeciendo a nuestros amigos de la PUCP, del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos. Es para mí un honor ser moderador ante este panel que en primer lugar debo llamar de amigos, porque nos conocemos ya algún tiempo y me da muchísimo gusto estar también moderando un panel en

el tema de *dispute boards*, cuando hace unos años atrás todavía discutíamos qué significa un *dispute board* o para qué, o si tiene sentido usarlo.

Las cosas han ido evolucionando y me da muchísimo gusto que el panel de esta noche nos centre sus propuestas y mensajes en lo que nos falta para que el *dispute board* se consolide y ya este cambio en el mensaje me llena de satisfacción.

Tenemos un panel, lo cual es muy bueno, que en primer lugar tiene a tres ingenieros y eso también nos da un mensaje y hay que enfatizarlo. Los *dispute boards* son fundamentalmente un tema técnico contractual, así las cosas, empezaré presentándoles a José Manuel de la Colina. Es ingeniero de construcción civil, egresado en el año 1974 y titulado en 1976 en la Facultad de Ingeniería de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ha llevado cursos de especialización a nivel de postrado en ESAN, en la Universidad de Piura y en la PUCP en los temas de juntas de resolución de disputas en el sector de la construcción en julio de 2019. Su experiencia radica fundamentalmente en la gestión de proyectos de construcción, desde ingeniero residente hasta gerente de proyecto en obras de industria pesada y liviana, energía, saneamiento, hidráulicas y edificaciones. Tiene una experiencia diversa con contratos en varias modalidades, suma alzada, precios unitarios, administración controlada, etc. Desde el año 2022 es miembro único en tres juntas de resolución de disputas a través del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica.

En segundo lugar permítanme presentar a Ignacio Palacios. Es ingeniero, *chartered quantity surveyor, fellow* del Chartered Institute of Arbitrators y forma parte de la prestigiosa lista de adjudicadores de Fidic. Como miembro de *dispute boards* tiene el privilegio de trabajar en Francia en el quinto proyecto más cuantioso de la historia y ha actuado como presidente de *dispute adjudication boards* en varias ocasiones en América Latina, incluida la construcción del emisario más grande del mundo en

Argentina. Adicionalmente, ha formado parte del panel de directores de la Región II de la Dispute Resolution Board Foundation.

Nos acompaña también, Lupe Bancayán Calderón, abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, magíster en Derecho Civil y Secretaria Arbitral Líder en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista con más de diez años de experiencia en temas relacionados al área Civil, Derecho Administrativo y Comercial, predominantemente en lo referente a contratos, arbitrajes, juntas de disputas y contrataciones.

Es el turno de María Eliana Rivarola Rodríguez, ingeniera civil por la Universidad Nacional de Ingeniería. Tiene diplomados en supervisión de obras, arbitrajes, contrataciones con el Estado y tasaciones de bienes inmuebles. Ha sido consultora y supervisora de obras. Es conciliadora extrajudicial, árbitra, adjudicadora y perita. Registrada en los centros de la Universidad Católica, el OSCE, el Colegio de Ingenieros, la Cámara de Comercio de Lima, entre otros.

Hemos acordado con los panelistas que cada uno de ellos nos presente sus puntos de vista sobre qué nos falta para consolidar los *dispute boards* en el Perú. Y cada uno de ellos tendrá un espacio de diez minutos. Luego de que escuchemos las ponencias, ellos responderán algunas preguntas, ellos están listos a ser incomodados al respecto. Finalmente, abriremos el espacio para que ustedes participen.

Quisiera darle el primer turno a nuestra doctora, la abogada Lupe Bancayán.

**Lupe Bancayán:** Muchas gracias por la presentación.

En principio agradecer el espacio, gracias por permitirme estar sentada en esta conferencia con profesionales de tan alta relevancia que ustedes todos conocen.

Como ustedes saben, me desempeño como Secretaria Arbitral Líder en el Centro de Arbitraje de la PUCP ya hace más de diez años. Y en realidad, mi ponencia va a ir un poco enfocada a lo que yo conozco, que es la gestión del mecanismo.

El título de esta ponencia es un poco controversial. «Una piedra en el zapato» ¿Por qué una piedra en el zapato? Comentándoles un poquito, estuvimos hace poco en Honduras con la doctora Silvia Rodríguez, participando en una conferencia de la DRPF y escuché que se referían a la administración de los centros como la piedra en el zapato quizás de muchos procedimientos. Y he venido hoy con ustedes a desmentir ese dicho, y voy a desmentirlo porque voy a probar cómo considero que los centros de administración pueden contribuir y darle valor al mecanismo de los *dispute boards*.

Para referirme a esto tengo que comenzar contándoles una historia que personalmente, como Karina, la doctora Silvia y como muchos de los que pertenecemos al centro, vivimos.

Nosotros fuimos el primer centro que se atrevió a administrar juntas de disputas, que son básicamente el recibimiento en la normativa peruana de los *dispute boards*, que son la materia de este panel.

Nuestra experiencia en JRD inició muy temprano, de hecho, inició antes de que fuera obligatorio el mecanismo. Nosotros estábamos llevando JRD desde el 2018 y la primera obra culminada utilizando el procedimiento de JRD también fue nuestra y, afortunadamente, estuvo a mi cargo.

Entonces creo que tenemos la autoridad para contar la historia de estos orígenes y para contar nuestra perspectiva de por qué creemos que le aumentamos valor al mecanismo.

El modelo de administración de *dispute boards* o JRD no existía cuando nosotros lo recibimos. Llegó un día, llegó una junta, nos reunimos, nos dijeron acá está el primer caso, adminístrenlo. Y todos los mecanismos que se han creado o toda la forma de la administración ha sido desarrollada: «a cocachos aprendí».

Creo que es importante saber esta base para entender cómo ha evolucionado el mecanismo. Si bien es cierto en un inicio nosotros no teníamos otro referente que no fuera el referente arbitral para manejar un procedimiento, ahora, varios años después, entendemos que es un mecanismo absolutamente distinto.

Y que tiene que serlo, porque tiene otro sentido, tiene otra manera de ser y busca la prevención en lugar de solamente dedicarse a resolver las controversias. Y creemos que precisamente es eso lo que no ha quedado claro con las juntas de disputas.

¿Son las juntas de disputas iguales a los *disputes boards*? No. Y creo que no porque, como todo, en el Perú, siempre lo fusionamos, siempre lo peruanizamos, pasa con la comida, pasa con las instituciones que importamos, y es lo que ha pasado con los *dispute boards*.

Cuando los *dispute boards* llegan al Perú, y llegan evidentemente de la mano de profesionales como el doctor Gray, que impulsó la elaboración de reglamentos de *dispute boards* conjuntamente con el doctor Guzmán-Barrón, quien fue director del centro, llega un mecanismo nuevo que nadie sabe cómo utilizar y se incorpora a la legislación, como las Juntas de Resolución de Disputas y se adecua a nuestra realidad, se adecua a los procedimientos legales que tienen las entidades que van a contratar, se adecua con los procedimientos que ya conocen, tratando de hacerlos familiares. Al momento de adecuarse quizás pierden una de las principales cosas que caracterizaban a los *dispute boards*, que es la prevención de las controversias.

Evidentemente, y como escuchaba en las conferencias, si bien es cierto que nacieron como *dispute adjudication boards*, luego fueron evolucionando a *dispute adjudication and avoidance boards*. Entonces, la prevención tomó un enfoque mucho mayor a él que creo que no se reflejó necesariamente en lo que tenemos acá.

Entonces, ese es uno de los puntos que podríamos mejorar y quiero proponerles a ustedes cómo pienso que el Centro puede ayudar a mejorar eso.

Nosotros consideramos que hay varios puntos en los que podemos apoyar. Y voy a tratar cuatro, y el primero es este.

El centro, al gestionar las controversias, contribuye a agilizar el procedimiento de conformación de las mismas.

Como ustedes son abogados, ingenieros, yo vengo a traerles datos, no vengo solamente a contarles historias. Entonces les puedo comentar en mi experiencia tramitando las juntas que el promedio del tiempo para que se firme el acta y el contrato tripartito en nuestros arbitrajes ha sido aproximadamente 68 días calendario, es decir, dos meses y medio en las juntas que nosotros hemos administrado. Que el caso más rápido que nosotros hemos constituido ha sido en ocho días calendario, y el caso que más se ha demorado ha sido de 308 días calendario. ¿Cómo puedo decírselos? Porque, afortunadamente y desafortunadamente, ambos casos estuvieron a mi cargo.

En el caso de los ocho días teníamos una entidad, un contratista, que estaba absolutamente dispuesto a cerrar el contrato y fue un procedimiento bastante expreso. Y en el caso en que demoró 308 días teníamos un problema con la entidad porque los procedimientos internos evitaban que se firmara el contrato y el cambio de la directiva generó este retraso.

¿Cómo creo yo que el centro colaboró? Porque logramos que se firmara este contrato tripartito, porque nos adecuamos a las situaciones que se nos enfrentaron y porque además estuvimos atrás de que el procedimiento se siga.

Nosotros sabemos que cuando se conforma una JRD o se conforma una DBA hay una etapa previa, cuando todavía no hay hasta inicio de funciones, y es el centro en el que en esa etapa previa trabaja más, tratando de que finalmente se constituya y se consolide eso. Por eso yo creo que en nuestra labor ayudamos y agilizamos el procedimiento de conformación de las JRD o de los *dispute boards*.

¿Qué más da el centro? Educación y respaldo institucional. Creemos que una de las claves para consolidar el mecanismo es que las partes de los usuarios, aprendan, reconozcan los problemas del mecanismo y trabajen juntos para sacarlo adelante.

Como centro proponemos reuniones previas a la conformación de la JRD o de los *dispute boards*, donde se les explica a las partes de qué va esto, cómo es distinto esto al arbitraje, un poco guiarlos para decirles que la mente o el chip tiene que cambiar, es así como debemos trabajar.

Además, tenemos un acompañamiento constante, tenemos administradores de juntas de disputas que proveen o que absuelven las consultas que puedan tener las partes durante este procedimiento y que colaboran a que en principio tengan la confianza de preguntar, que saben que estamos ahí dispuestos, que saben que estamos a un correo o una llamada de distancia, y que se sientan que tienen un respaldo y un apoyo constante en este procedimiento de conformación de las juntas.

Evidentemente, si hablamos del centro de la PUCP, tenemos toda una institución detrás, una institución que nos ha permitido crecer y que nos permite llevar a cabo o desenvolvernos en este ámbito con eficiencia, con transparencia y con la garantía que la PUCP da.

Finalmente, y quizás la parte más controversial, creo que nosotros ayudamos a reducir los costos. ¿Por qué? Si ustedes ven el gráfico que les presento, es un gráfico que ha analizado el costo mensual de contratar un centro para que administre las juntas de disputas en función del monto contractual. Y como ustedes pueden ver en el cuadro que está detrás mío, el porcentaje es mínimo. El costo mensual es menor de 0,000 %.

Entonces, realmente, por escala, inclusive, lo hemos determinado, tenemos la escala de la A a la E y en la escala A el porcentaje es un poquito más grande porque los contratos son menores, pero es un costo bastante reducido.

Si vemos el siguiente PowerPoint, en este caso, es la comparación. Si ustedes ven la línea verde, son los honorarios de un panel de tres adjudicadores, y la línea gris, los honorarios del centro.

Ahora, la gestión administrativa, tanto en las juntas como en los *dispute boards*, se tiene que dar necesariamente, necesitan a alguien que esté gestionando las visitas, los honorarios. Es un trabajo que de todas maneras va a existir.

Cuando los *dispute boards* no cuentan con un centro de administración, el trabajo lo asumen los adjudicadores o podrían contratar, en todo caso, a una secretaria que se haga cargo, pero finalmente es un costo adicional. El presidente tendría que hacerse cargo de generar o contar las horas que han trabajado, efectivamente, y los honorarios de los adjudicadores, o dedicar el tiempo de los adjudicadores para cuestiones administrativas, evidentemente genera un costo mayor que contratar a un centro con una tarifa.

Entonces, esos son los cuatro pilares que podríamos señalar que constituyen el aporte de valor que puede dar un centro de administración y que podrían ayudar a consolidar el mecanismo.

**Jaime Gray:** Muchas gracias, Lupe.

A continuación, invito a tomar la palabra al ingeniero De la Colina, por favor.

**José Manuel de la Colina:** Primeramente, un agradecimiento al centro por esta invitación. Siempre es agradable regresar a nuestra *alma mater* y expresar nuestra experiencia y nuestro poco saber.

Fundamentalmente, me he encargado de la parte de inconvenientes y aprendizaje que hemos tenido en la junta, porque todos estamos aprendiendo, todos tenemos inconvenientes, si no no estaríamos acá.

Pero quiero verlo primero hacia nosotros, hacia los adjudicadores.

Nosotros somos los responsables y esa es la parte más difícil, a veces de darle ese convencimiento a las partes, de que nosotros nos debemos al proyecto. Nosotros debemos preocuparnos y cuidar el proyecto, no una parte o la otra. ¿Por qué? Porque el proyecto, usualmente, como estamos hablando de JRD, estamos hablando de obras públicas. ¿Qué cosa son obras públicas? Son obras que benefician a la sociedad reflejada en una comunidad específica o una gran comunidad o una más chica, lo que fuese. Es un bienestar que se le va a dar mediante servicios que precisamente van a mejorarse o darse, puede ser agua potable y saneamiento que nunca han tenido, o puede mejorarse el servicio, por decir.

Entonces, lo más difícil a veces es transmitir esto a las partes y que nosotros los adjudicadores les disipemos las dudas de lo que puedan tener ellos respecto a nuestra honestidad, nuestra experiencia y nuestro profesionalismo. La experiencia probablemente no. Jaime ha reflejado un poco la mía, eso es más fácil ponerlo por escrito, hay papeles que lo respaldan, pero la honestidad y profesionalismo a veces no es tan claro.

Y eso es algo esencial transmitir a las partes que uno va a ser una persona seria, que va a asesorar, que va a prevenir, sobre todo prevenir y, finalmente, en caso de que se ratifique la controversia, decidir.

En gestión de proyectos, lo que normalmente se estila es hablar de un caso. Me imagino que acá han llevado muchos aspectos de gestión. Y saben que el caso suele ser una manera más viable, más fácil de transmitir ideas y generar esta inquietud de qué cosa pasa realmente en la vida real en este tipo de problemas.

Aquí voy a dar un caso. Lo hemos disfrazado porque no queremos decir nada respecto a una institución en específico. Este es un proyecto que requería de una transformación dentro del proyecto, una transformación del *software*, actualizarlo en todas las instalaciones y elementos de esta entidad pública.

Resulta que el contratista se topa a la hora de hacer la inspección de todos los elementos, que una de ellas simplemente no podía instalarse el *software* porque la infraestructura que tenía este elemento era obsoleta, o sea, simplemente el *software* no podía conectarse. Como hablamos, puede tener un iPhone 4 y quererse conectar con el IOS de la iPhone 14. Es imposible.

Entonces, el contratista hace la observación al supervisor. Y el supervisor la hace a la entidad a la que representa, y esto a través del representante de la entidad en el proyecto. El representante de la entidad en el proyecto es parte del área de proyectos de esta entidad.

Desafortunadamente, la administración de este bien está en manos de otra área de la entidad, que es el área de operaciones. Entonces, a través de mecanismos internos tienen que transmitirle al área de operaciones de que hay ese problema para el proyecto. El área de operaciones contesta que procedan nomás a conectarlo, no importa que lo resuelvan como puedan, que lo conecten, que no necesita. Regresa esto y en este

caso específico, para mostrar algunas cositas más, este tema se discutió en una de las visitas que tuve en la obra y me entero de esto.

Entonces, aquí vino el primer trabajo, que para nosotros lo más importante es prevenir. O sea, insistimos con el representante de la entidad que esto debía cambiarse, no podía ser posible que tuvieran una instalación obsoleta que era, por lo que contaba el contratista, imposible de conectar, más aún, requería una pronta solución por el problema que para llevar a cabo el proyecto de instalación de nuevos *softwares* se necesita generar un requisito que es la filosofía de la conexión de todos estos elementos.

En el ínterin, producto de esta reunión, en las siguientes visitas de obra, asientos en el cuaderno de obra, cartas de ida y vuelta, actas de reuniones y encima la elaboración de una prestación adicional de obra, pasaron nueve meses para que esta área de operaciones se animara a hacer el cambio.

Se demoró tres meses más en hacer el cambio. Total, un año. Entonces de ahí, esta obra tiene un plazo de ejecución de un año y medio. Es un año que se dilató la cosa por decisiones.

Me vino la pregunta siguiente, ¿el proyectista conocía de esto? No tenemos manera de saberlo, porque el proyectista aprobó el esquema, cuando se hizo la prestación adicional. ¿El área de operaciones lo sabía? El área de operaciones imaginamos que conocía el proyecto, porque era algo que se le estaba dando al área de operaciones. ¿Conocía su activo? De eso tengo algunas experiencias de antaño y a veces parece que no lo tienen.

Entonces, otra parte que es importante es que solamente conocí este tema en una visita y por casualidad. Lamentablemente, los contratistas, contando el contratista o constructor, como hablamos en el otro congreso, y la entidad nos toman a los adjudicadores como un tribunal.

En otras palabras, tiene la solicitud de ampliación de plazo o cualquier otra solicitud que plantea el contratista y la entidad dice no. Entonces el contratista presenta la controversia. ¿Qué significa? Que no existe la posibilidad de un diálogo, de una negociación, de un tipo de mediación en la que nosotros como adjudicadores podamos intervenir, y nos ofrecemos continuamente en eso, sino simplemente evaden la responsabilidad. La Junta de Resolución de Disputas resolvió el problema ante autoridades, Contraloría, etc., yo cumplí con lo mío en decir no.

Y del contratista muchas veces también se presentan solicitudes que simplemente no tienen sustento, sobre todo lo que tienen en común las dos partes es que la mayor parte de los escritos, de los alegatos, son jurídico-legales y no técnicos, entonces uno tiene que estar buscando más, o sea, por ahí la parte técnica, escudriñando para lograr sacar el resultado y tomar la decisión.

Esa es la pena, digamos, para mí, de lo que se limita y eso es algo que debería trabajarse a futuro para enmendar estas actitudes.

Tenemos que cambiar ese chip, es lo que decía Lupe, porque realmente esto que es una cosa tan interesante, tan importante, la podemos perder, simplemente por no aplicarla como es el origen de los DAB.

**Jaime Gray:** Muchas gracias.

Ahora es el turno de la ingeniera María Eliana Rivarola. Y ella nos ha preparado algo interesante porque en diez minutos va a cubrir lo bueno, lo malo y lo feo de los *dispute boards* en el Perú. Adelante, por favor.

**María Eliana Rivarola:** Gracias. Antes que nada, muchísimas gracias al Centro de Arbitraje y Medios de Solución de Controversias. Y que a pesar de que yo no tengo como *alma mater* a la PUCP, me he formado con este centro de arbitraje desde el año 2000.

En ese sentido, hay que tener en cuenta que en los últimos años, gracias a los contratos Gobierno a Gobierno, se han instalado aquí en el Perú los contratos NEC y Fidic, que si bien están regulados por el reglamento de la ICC, aquí en el Perú con la Ley de Contrataciones tenemos la Junta de Resolución de Disputas, que podríamos decir es algo semejante, pero por supuesto con la Ley de Contrataciones.

Todos sabemos la gran incertidumbre en el medio de la construcción, ya que existen muchos expedientes técnicos malos, creo que todos sabemos a qué se deben estos expedientes técnicos.

También tenemos el gran riesgo que existe precisamente por la naturaleza que contamos con el Perú. Tenemos costa, sierra y selva. Conocemos cuál es la naturaleza, la geografía.

También sabemos cómo son nuestras autoridades, cómo se han venido dando las actuaciones de nuestras autoridades durante todo este tiempo.

En el Perú tenemos un Reglamento, una Ley de Contrataciones y un Reglamento que desgraciadamente va cambiando año tras año y creo que ya se nos viene una nueva ley, un nuevo reglamento y no sabemos si es para bien o para mal. De esos temas ya se ha hablado bastante.

Entonces, ¿qué es lo bueno de las JRD y los DAB?

Creo que somos conscientes que este es un medio de solución de controversias que viene ayudando bastante en la ejecución de las obras, porque están desde un inicio, incluso desde la elaboración del expediente técnico, y eso permite que los miembros DAB y JRD puedan tomar el debido conocimiento de lo que se viene ejecutando, van acompañándolo todo el tiempo y eso es lo bueno, porque podríamos decir que se vive la obra, se viven los momentos de la obra, vamos acompañando a los que ejecutan la obra, más allá de las autoridades.

Nosotros vivimos precisamente con el gerente del proyecto, con el director del proyecto, en el caso de los DAB, o con el residente y el administrador del contrato y el supervisor en las JRD.

Inicialmente, como lo han dicho, en el 2018, en la primera JRD que se instaló en la PUCP, nosotros íbamos mensualmente. Era una gran experiencia, conocíamos el día a día de la obra, fue una experiencia bastante agradable, porque había mucha colaboración de las partes.

Definitivamente, a pesar de que fue la primera experiencia, podríamos decir que tuvimos muchísima suerte por tener una entidad y un contratista de primera, porque acataban, entendían nuestra actuación y siempre estaban informándonos. Eso que algo se ha perdido en la actualidad.

Las partes casi no informan, a menos que nosotros solicitemos esa información, insistamos con la información; pero en esa oportunidad, las partes siempre nos venían comentando, incluso cuando se inició la pandemia, en ningún momento hubo corte.

Nosotros teníamos algunas controversias pendientes, con el ingeniero Carlos López, un gran amigo, y ellos decidieron que nosotros continuáramos. Para eso ellos se encargaban de mandarnos los videos. En ese entonces recién nos estábamos introduciendo a estos medios informáticos, nos mandaban los drones, nos mandaban fotografías, nos contaban el día a día de lo que ocurría. Y que cuando ya reiniciamos, pudimos tranquilamente continuar con nuestras visitas y desarrollar las decisiones que en ese momento teníamos.

Igual pasa en los DAB, tenemos la gran ventaja de visitar las obras, con este sistema que tienen los contratos NEC y Fidic, las alertas tempranas, ya nos dan una idea precisamente de los problemas que se pudieran presentar.

Tomamos el debido conocimiento y si es necesario convocamos a talleres de trabajo, lo que la verdad venimos haciendo, porque hay algunas entidades, no puedo decir nombres, que no les gusta llamar asistencia informal. No sé por qué, Jaime, no quieren llamar asistencia informal. Ellos dicen no, un taller.

Nosotros sabemos que es lo mismo, porque un taller es una mesa de trabajo donde nos reunimos las partes, conversamos el problema y damos una solución. Esa es una asistencia informal. Pero bueno, si ellos quieren llamarlo talleres, lo seguimos llamando talleres.

Y cuando no hay acuerdo —definitivamente en algunos casos no hay acuerdo— se van a la sumisión formal y que en tres meses tienen la solución del caso para continuar con la obra hasta que se concluya.

Esa es la gran ventaja. Yo creo que hablar más de lo bueno podría cansarlos, porque ustedes ya conocen todo lo bueno que es tener un DAB o una JRD.

Pero ahora vamos a hablar de lo malo. ¿Qué he encontrado o qué he podido apreciar de malo en los DAB? Ustedes saben que los contratos NEC y los contratos Fidic son unos contratos colaborativos, pero aquí viene el problema que radica en que muchos exfuncionarios de los ministerios vienen trabajando precisamente en estas entidades que manejan estos contratos. En ese sentido, vienen con un chip, el chip de la Ley de Contrataciones y con el chip del susto a la Contraloría, y el contrato NEC y el contrato Fidic ya no vienen a ser colaborativo.

Desgraciadamente, lo he visto en varios contratos y a pesar de que conversamos con los gerentes, con los directores, existe este problema con tu personal, parece que no han tomado conocimiento de lo que es realmente un contrato colaborativo.

Eso es lo que está faltando a estas entidades, que eduquen y cambien ese chip de su personal. ¿Cómo es un contrato colaborativo?

Luego, hay otro punto malo que es, por ejemplo, lo que hablaba Lupita, no tener una secretaría. Créanme que, si bien es cierto, las normas de la ICC no consideran, es muy importante. No saben el trabajo que uno tiene que realizar, estar pendiente de todos los instructivos, estar pendiente de a qué hora es la reunión, mandar el *link*, cobrar, perseguir a tus adjudicadores, «oye, manda tu recibo de una vez, manda porque igual no nos van a pagar, apúrate, mándalo.»

Entonces, o que una parte o la otra parte te dicen: no, ingeniera, por favor, que tal audiencia sea a tal fecha, la otra a tal audiencia, entonces uno tiene que venir y coordinar. Bueno, a ver, pongámonos de acuerdo todos, ¿qué fecha ponemos?

Ese es un trabajo que, la verdad, es fuerte, sobre todo del presidente, pero hay que asumirlo y ojalá que se pueda dar ahora los centros que puedan ayudarnos en ese caso.

Otro punto es, por ejemplo, que al no existir un solo criterio para determinar los honorarios, ese es otro problema, no hay una predictibilidad de los costos finales de un DAB, que también eso es importante cuando se cierra la etapa de construcción.

Hay otro tema, esto sí se da en las JRD, algunas entidades y algunos servidores públicos creen que porque somos JRD tenemos que saberlo y conocerlo todo, y no permiten que uno, por ejemplo, diga: un momento, no hay forma, vamos a contratar un experto. Pero ¿cómo? ¿Ustedes no son los expertos, no lo saben todo? No, yo no soy arqueóloga, voy a tener que contratar un arqueólogo.

Ese es el error que existe, hay que educar a los servidores públicos. Definitivamente, yo pienso y le doy ese trabajo al Centro de la PUCP que, por favor, eduquen a los servidores públicos.

Y, finalmente, ¿qué es lo feo? Lo feo es que las entidades, algunas de las partes, no pagan, señores. Pueden pasar seis, ocho meses y no pagan. Pasamos de un año al otro año, tenemos que anular todos los recibos de honorarios porque no pagan. Y todavía continúan debiéndonos. Eso es lo más feo que pueda pasar.

Muchas gracias.

**Jaime Gray:** Muchas gracias.

Es el turno del ingeniero Ignacio Palacios, quien es español, pero creo que parte importante de su práctica como miembro de los *dispute boards* se ha presentado en el Perú. Así que necesitamos conocerte, de tu experiencia y conocimiento, cómo eres, lo que sea necesario para consolidar los *dispute boards*.

**Ignacio Palacios:** Gracias Jaime.

Bueno, de hecho, has anticipado mi introducción porque no suelo agradecer, pero quería dar las gracias a la PUCP, pero no solo a la PUCP, sino a todo el país, porque esto para mí ya es como una segunda casa. Creo que llevo ya tres o cuatro años viniendo, paso muchísimo tiempo aquí. Sois muy cálidos y realmente os agradezco la acogida.

Dicho esto, qué queda para consolidar los *dispute board* en el Perú. Para mí son dos cosas principales. La primera, inversión, y la segunda, tiempo.

¿Inversión, por qué? Porque únicamente un producto de calidad es el que va a permanecer en el tiempo. Es la única manera de cuidar el método, dando calidad.

Los *dispute boards* siempre han sido considerados como artículos de lujo y por eso han tenido tanto éxito. Cuando vemos las estadísticas de la DRBF, estamos hablando de una, dos disputas por proyecto, mientras que, por el momento, en las JRD ha habido casos que me han comentado que hay siete u ocho por mes. Entonces, hay una gran distancia todavía.

¿Y por qué digo inversión? La inversión tiene que ser de manera integral, no solamente invertir en buenos adjudicadores. Las partes también tienen que invertir en sí mismas para formarse y realmente entender el método, que es algo que todavía no ocurre, porque si las partes entendiesen bien el método, andaría de una manera completamente diferente. Sabrían cómo sacar mucho más provecho a esta herramienta tan poderosa y no lo hacen. Tienen que invertir más en ellos.

Por supuesto que los *dispute boards* tienen que invertir en sí mismos, porque es su carta de presentación. La carta de presentación de un *dispute board* es su calidad y, además, su integridad, para eso necesitas tiempo.

¿Y por qué digo integridad? Porque un buen *dispute board* es el que va a tener menor número de decisiones emitidas. ¿Eso qué significa? Menos dinero para el adjudicador. ¿Por qué? Porque las decisiones, al contrario de lo que ocurre en las JRD, se pagan aparte.

Entonces, cuantas menos decisiones, menos cobras, pero mejor es tu carta de presentación. Eso es una inversión indirecta también por parte del miembro, no únicamente en su formación, sino también en su integridad y en su imagen al mercado. Es algo que todavía no está ocurriendo.

Los empleadores tienen que invertir también, tienen que invertir en buenos adjudicadores. ¿Por qué? Porque es un método nuevo en el Perú y todavía se sigue necesitando de esa buena práctica que viene del extranjero, porque se ha estado empleando en mayor número en otras latitudes.

Al final, los *dispute boards* no es algo que se aprenda en dos talleres, es algo que se aprende haciéndolo, con una buena persona al lado, que vas viendo cómo funciona, cómo se mueve, qué es lo que está haciendo, y luego ya pasarás tú el mensaje. Pero no se aprende con los talleres, se aprende haciéndolo y aprendiendo de gente experimentada.

Entonces eso sería con respecto a la inversión, que como veis se tiene que hacer de manera integral. Pero el tiempo, también el tiempo, ¿por qué? Creo que lo mágico del *dispute board* es la flexibilidad que ofrece.

Y cuando vienes al Perú y ves en concreto las JRD, ves que hay muchas limitaciones y muchas normas. ¿Pero por qué? Porque cuando tienes un adolescente que está creciendo debes poner una serie de límites hasta que se hace mayor de edad, entonces, ya puede hacer uso de esa flexibilidad, porque la prevención es muy complicada de hacer, porque depende del miembro. Las asistencias informales son muy complicadas, depende de la flexibilidad del miembro.

¿Cuánto tiene el artículo 16 de la ICC? Tiene un párrafo, no te da ningún tipo de instrucciones. Y para tú saber emplear ese artículo depende de la calidad del adjudicador, de su experiencia, asistencia informal, exactamente lo mismo, un párrafo.

Entonces, no hay un libro de instrucciones el cual te enseñe y eso viene con el tiempo y con la experiencia. Entonces requiere tiempo que las JRD sigan creciendo y vayan teniendo menos límites, porque por el momento es obvio que tienen una serie de limitaciones, las cuales, yo

estoy seguro que a medida que vaya incrementando la calidad de las partes, de los empleadores, de la industria, de los adjudicadores, seguirá reduciendo, o es lo que debería de ocurrir realmente, ir reduciendo esos límites para darle a ese adolescente, que es este método nuevo en el Perú, puerta abierta para que él pueda desarrollarse en el mercado de una manera consolidada, que es ciertamente la pregunta que se nos hacía, ¿verdad, Jaime?

**Jaime Gray:** Así es. Muchas gracias.

Empezamos con una serie de comentarios y preguntas internas que creo que los miembros del panel han hecho un excelente y honesto diagnóstico de la figura, y eso es muy importante.

No se trata aquí de presentar un jardín de flores, sino de decir las cosas como son y agradezco esa transparencia a los miembros de este panel. Así las cosas, quería justamente a partir de sus exposiciones buscar las salidas a las diferentes experiencias y los diferentes problemas que han referido.

Quería empezar con Lupe.

Lupe, como sabes, en el Perú estamos acostumbrados a depender de lo que diga la norma casi de manera literal, queramos aceptarlo o no. Y eso es importante porque la primera salida, por ejemplo, para tratar el tema que tú referiste, está conectada al tiempo para suscribir los contratos tripartitos, que pueden pasar ocho días o trescientos y algo más para que sea solucionado a través de una modificación de la norma.

¿Debemos seguir esa vía o existen algunas otras salidas que podrían ayudar al respecto? Por ejemplo, una simple recomendación práctica, que en la firma de los contratos ya se establezcan los adjudicadores y de repente en el anexo X del contrato esté allí ya resuelto el tema del contrato tripartito.

Son dos salidas muy opuestas una a la otra, pero lo importante, creo yo, es conocer tu visión, o si tienes terceras o cuartas salidas, las compartas, por favor.

**Lupe Bancayán:** Muchas gracias.

Me va a disculpar, pero le voy a responder como abogada.

Depende. ¿Por qué depende? Porque yo creo que la primera salida sería no tratar de recurrir a la legislación, pero es un poco difícil, porque nosotros sabemos que trabajamos con entidades que son, efectivamente, las que mayor o mayor carga de contratos de infraestructura tienen y que se rigen precisamente bajo el principio de legalidad.

Entonces, yo pedirle a una entidad que se salga de la norma es un poco complicado. Y creo que precisamente por eso es que la primera solución que se nos viene a la mente cuando se trata de hablar o tratar de aligerar cosas con las entidades es hacer una modificación normativa, lo que nos ha llevado, como usted comentaba, o como la ingeniera comentaba, a tener muchas normas que cambian constantemente y que tenemos que aprender constantemente.

Entonces, mi primera salida creo que sería educación, porque creo que una parte o un set de partes que entiende la finalidad del mecanismo y realmente tienen la voluntad de entrar al mecanismo porque saben que es la solución más eficiente a la resolución de sus controversias o a la prevención de sus controversias, entonces es una parte que tiene la inclinación a colaborar y que, por tanto, no va a presentar retrasos por su voluntad.

Cabe resaltar que los retrasos no son siempre por la voluntad de las partes.

En el caso que yo les comentaba de la junta que se demoró 308 días fue porque lastimosamente en la entidad nos agarró la firma en un periodo de inestabilidad terrible, donde los funcionarios cambiaban a cada rato y cuando el contrato llegaba a la dirección cambiaba el director y entonces quien me firmaba el contrato tenía que volver a gestionar la firma del contrato y volvía a llegar y volvían a cambiar el director.

Entonces, evidentemente, creo que tampoco era voluntad de esta entidad el demorar el trámite, eran motivos que escapaban a la misma por eso depende mucho del caso. Si bien es cierto, como usted comenta, el hecho de establecer una normativa o establecer el requisito, por ejemplo, de que al firmar el contrato se firme el *dispute board* como, incluso comentaba el ingeniero Palacios. A nivel internacional, he sabido que la práctica es que necesitan ya conformar el DB para iniciar las labores para iniciar el contrato. Si bien sí es una solución en unos casos, yo creo que no lo sería en otros.

Y establecer un modelo de contrato tripartito en el contrato también depende, porque depende de las necesidades de la obra. Finalmente, yo he visto en la práctica bastantes contratos tripartitos y he visto también bastantes modificaciones absolutamente increíbles en los contratos tripartitos. Tenemos contratos tripartitos que señalan como causal de resolución el hecho de que una entidad le corte el presupuesto. ¿Qué culpa tenían los adjudicadores al respecto?

Entonces, sí creo que sería un poco peligroso establecer eso de frente ya en el contrato, porque podríamos tener situaciones como estas.

**Jaime Gray:** Muchísimas gracias.

Has dado en el clavo de un tema que, creo yo, trasciende el tema de los *dispute boards*, porque delata un problema estructural. Una entidad que no toma decisiones y su gestión es absolutamente inconexa entre un de-

partamento y otro, y finalmente la solución que pudo haber sido correctamente planteada y hecha de manera oportuna en el caso que compartiste, simplemente delata que nadie pensó en la eficiencia en la toma de decisiones o en la solución técnica del mismo. Por eso creo que esto trasciende el tema de los *dispute boards*.

Conociendo de gestión, ¿cómo hacer que el funcionario público, que a la vez está utilizando una herramienta de gestión como pueden ser los *dispute boards*, aplique estos principios? ¿Qué debe pasar en tu concepto como gestor experimentado?

**José Manuel de la Colina:** Como gestor, ya hace muchos años, para mí siempre ha sido la labor de un equipo. No creo en jefes, sino en líderes y en equipos, y el líder es parte de un equipo. Entonces, pienso, al menos sería de la idea que las entidades generen un equipo de manejo de cada proyecto que tienen, las partes interesadas, *stakeholders*, sean aquellos que participen de esto.

Hay un error intrínseco, los que son ingenieros acá lo vamos a entender, a veces los abogados, no tanto: no existe proyecto perfecto, no existe expediente técnico perfecto. Siempre va a haber cosas que modificar, cosas que se escaparon, cosas, vicios ocultos a veces. Hay infinidad de razones por las cuales un expediente técnico no es perfecto y el principal es que el ser humano no es perfecto. Entonces, tiene que haber un grupo humano de gente conocedora del tema, conocedora de los recursos propios de la entidad, que pueden tomar esas decisiones.

Me pasó en un proyecto en el *alma mater* de Eliana, aprendiendo lo que es un equipo, precisamente resolvimos un montón de problemas haciendo esa labor de equipo.

Entonces, para mí sería eso, o sea, primero, la persona de la entidad que está encargada del proyecto usualmente no tiene un nivel alto, entonces tiene que ir para arriba y después tiene que ir para abajo. Tiene

que ir para arriba porque el de arriba habla con el del otro departamento y puede ir al de abajo.

Todo eso es precisamente esa demora. Convencer a veces a un funcionario de la otra área que además siempre hay relaciones humanas, que a veces un grupo, un líder no se lleva bien con el otro, eso todavía se complica más en entidades grandes. Para mí es esencial que el líder máximo, que es el jefe de todo esto, destaque gente, que forme un equipo y resolver estos problemas.

**Jaime Gray:** Muchas gracias.

María Eliana, has hablado, en lo bueno, de acompañar el proyecto, vivir la obra y, en lo malo, has referido traer los conceptos de la Ley de Contrataciones del Estado o de las normas de control a contratos que tienen una gestión evidentemente colaborativa, al menos el NEC.

¿Cuál es tu receta, cuál es tu visión o tu propuesta para mejorar en lo malo y consolidar los *dispute boards*?

**María Eliana Rivarola:** Como lo dije, para mí es muy importante que las personas que trabajen en las entidades se capaciten precisamente en los contratos colaborativos, porque si ellos van a continuar con ese chip de la Contraloría, no va a haber avance, no va a haber un diálogo, no se va a trabajar colaborativamente, como son, precisamente, los contratos NEC y Fidic.

Y les comento un caso, por ejemplo, el viernes me llegó un correo en el cual una de las partes me dice: ingeniera, vamos a agradecer que nos mande el cronograma de visitas y reuniones hasta junio del 2024 para informar a Contraloría. Ustedes ya pueden darse cuenta que aquí no es un contrato colaborativo.

Por eso considero que estas entidades que trabajan con este tipo de contratos tienen que capacitar a sus profesionales y explicarles las bondades de este contrato.

La finalidad es, precisamente, trabajar en equipo para tomar las mejores decisiones y de esa manera, precisamente, ganar tiempo, costo, porque cuando alargan se va todo a submisiones, definitivamente, como lo dijo Ignacio, es un costo fuertísimo, además del plazo.

Por ahí debería de empezarse.

**Jaime Gray:** Muchas gracias.

Ignacio, tu pregunta o comentario viene cantado, porque nos has hablado de inversión y de tiempo, y no podemos estar más de acuerdo.

El tema es tratar de no inventar la rueda, quizás aplicar las buenas prácticas internacionales.

Específicamente, ¿podrías referirte a algunas buenas prácticas internacionales, ya sea de la DRBF o de otras instituciones que van en el camino que tú has trazado al referir la necesidad de inversión y de tiempo?

**Ignacio Palacios:** La DRBF, que para aquellos que no la conozcan es la asociación que se dedica a promover el uso de los *dispute boards*, es la más grande que hay en el mundo, tiene más de mil miembros.

Recientemente, hemos publicado un manual, es reciente es la traducción al español. Ahí podéis ver muchas buenas prácticas del uso y del empleo de los *dispute boards*.

Esta asociación también da una serie de talleres, Fidic también tiene una serie de reglamentación.

Yo sí os invito a todos a que participéis en esos talleres de la DRBF, a que forméis parte de la comunidad. También que busquéis referentes internacionales, que los hay muchos, a que investiguéis sobre qué es lo que dice gente como, por ejemplo, Romano Allione, que lleva ahora como cuarenta o cincuenta años haciendo este tema de los *dispute boards*.

Entonces, hay mucha gente de la cual se puede aprender.

Y sí quería lanzar un mensaje claro, que es que Perú tiene todos los ingredientes para convertirse en el mayor referente mundial de *dispute boards*. Es el lugar donde más *dispute boards* están ocurriendo, el primero que los ha implementado en la ley de manera seria y podéis tornar totalmente la balanza y convertirnos en el número uno, sin duda, y que eso se extienda a toda Latinoamérica y Europa.

Es decir que dentro de poco haya que irse a Europa a enseñarles lo que son los *dispute boards*, porque mucho se habla de la prevención, pero la prevención en los *dispute boards* es bastante moderna también.

Eso es un mensaje también claro para vosotros. Y por las posibilidades y por el mercado que estéis creando, de verdad que os podéis convertir en el mayor referente. Pero esas buenas prácticas a las que se refiere Jaime, tenéis ya que plantar esa semilla para que sea un árbol con unas raíces fuertes, porque puede ocurrir exactamente lo contrario, que en lugar de convertirse en ese referente se convierta en lo que nadie quiere, y eso se hace con compromiso. Aparte de todas las buenas prácticas que podéis aprender, y este es el último mensaje, es el compromiso.

Para mí un *dispute board* lo que debe tener realmente es compromiso, y con compromiso se va a formar, va a tener voluntad de ayudar a las partes y realmente va a convertir esta metodología en un éxito para este país y para todo el continente.

Gracias Jaime.

**Jaime Gray:** Ahora tenemos espacio para algunas preguntas.

**Carlos López Avilés (público):** Muchas gracias, felicitaciones a la mesa.

Quería plantear la siguiente idea para pedirles opinión. Sabemos que el *dispute board* o la junta de resolución de disputas es un mecanismo de gestión contractual y así es como lo tenemos definido claramente, pero el contrato se inscribe dentro de toda una realidad legal, lo que yo llamo la escenografía legal, porque no solamente entra en función la Ley de Contrataciones o el contrato NEC o el contrato Fidic, sino también las normas de tesorería, las normas de administración, las normas contables, las normas de presupuesto, las normas ambientales, las cuestiones prediales, etc., que son muchas veces las que influyen directamente en el problema y sobre las cuales el *dispute board* o la junta de resolución de disputas no tiene una manera de actuar. El *dispute board* no le puede cambiar al ANA sus procedimientos o a las normas de tesorería los suyos.

Entonces, esa escenografía legal tiene también que adecuarse, no a los *dispute boards*, sino al manejo de la gestión contractual de la cual los *dispute boards* forman parte.

Entonces, si bien la siguiente mesa se refiere a la Ley de Contratación del Estado, yo le preguntaría a la mesa: ¿es suficiente con modificar el artículo de la Ley de Contratación del Estado? ¿O es solamente una parte, y tal vez mínima, para resolver el problema de la ejecución de los contratos de las obras?

Les pido su opinión, por favor.

**Jaime Gray:** Gracias, Carlos.

¿Quién se anima? Adelante, doctora.

**Lupe Bancayán:** He tenido el honor de compartir el JRD con el ingeniero, he aprendido muchísimo y, como conversábamos en las juntas, nunca es suficiente con cambiar una sola norma, sobre todo considerando que, como los abogados saben, nosotros tenemos que entender la norma en el sistema en el que funciona. Entonces, cambiar solo un pedazo no es suficiente, necesitamos integración, que los organismos estatales e inclusive las partes trabajen conjuntamente y lleguen a las mejores soluciones.

Pero, sobre todo, necesitamos que se escuchen las voces autorizadas como la del ingeniero cuando se señala que se necesitan cambios, y que se necesitan cambios en general. No solamente a nivel de una norma, sino a nivel de la estructura misma que se maneja en las entidades, para que se pueda agilizar los procedimientos, y también respecto de los contratistas para que su actuar vaya de acuerdo con las mejores prácticas.

**Jaime Gray:** Muchas gracias.

Carlos, el *dispute board* es una herramienta y la gestión es algo integral. Tienen que reformarse muchas cosas a nivel normativo y cultural también, el tema de control, el tema de planeamiento, el tema de presupuesto, el tema de licencias, el tema de presupuesto, etc., o sea hay muchos temas que cambiar.

Entonces, esperanzarnos en que cambiar una parte de la norma o cambiar la norma es la solución no tiene sentido alguno. Y creo que ni siquiera es la punta del *iceberg*, estamos más arriba. Esto es muy pequeño y debemos aspirar a mucho más.

**Magaly Rojas (público):** Buenas noches. Muchas gracias.

Hemos estado leyendo un poco el proyecto que se está presentando como nueva Ley de Contrataciones del Estado, una vez más. Independientemente de que estemos de acuerdo o no, esa es otra discusión, hay

una propuesta de incluir la JRD como mecanismo de solución de controversias en contratos de adquisición de bienes y contratación de servicios, no solamente en contratos de ejecución de obras.

Me gustaría saber su opinión. Gracias.

**María Eliana Rivarola:** Gracias por la pregunta.

Realmente con bienes no veo yo esa posibilidad. Va a ser muy difícil, porque los bienes tienen un costo y un plazo definido.

En supervisión sí, porque precisamente en las visitas, en las reuniones que hemos tenido en obras, muchos problemas se dan precisamente con la supervisión.

La supervisión quiere que la JRD intervenga, pero al ser un contrato tripartito, con la entidad y el contratista, no podemos nosotros participar en el contrato de un supervisor; caso contrario se da, por ejemplo, en los contratos internacionales, que sí existen los DAP en supervisiones. Pienso que sí sería una muy buena idea.

Con bienes, la verdad, no he tenido experiencia, no creo que funcione. No sé, tendríamos que analizar cómo está establecido.

**Jaime Gray:** ¿Algo más que agregar?

**José Manuel de la Colina:** En mantenimiento, sí pienso que es posible, porque es un tema prolongado donde pueden ocurrir una serie de instancias. De hecho, se ha visto en varios de estos contratos de concesión donde existen discusiones y se someten directamente a arbitrajes, o sea, podría ser una cosa, un acompañamiento, en el aeropuerto, en varias otras de estas concesiones, las carreteras, en Majes Siguas, etc., todos ellos han llevado de alguna manera estos temas de arbitrajes.

Entonces, pienso que cabría la posibilidad, no soy una persona experta en el tema, porque tiene sus ángulos que siempre va a canalizar, pero siendo contratos donde, digamos, existe un tiempo, existe una actividad a hacer, y un control, y evidentemente alcances y discusiones que puede haber, pienso que podría ser algo de provecho.

**Jaime Gray:** Gracias.

**Ignacio Palacios:** Me gustaría aprovechar para dar respuesta a las dos preguntas, también para hacer un comentario sobre lo que ha indicado Carlos, rápidamente.

A tu respuesta decirte que ya el contrato Fidic, el dorado, que es diseño, construcción y operación, refleja lo que es un *dispute board*, pero *ad hoc*. En este caso, no hace un seguimiento de lo que es la parte de operación, sino únicamente cuando surge una disputa.

Así que sí, como comentaba Jaime, no queremos reinventar la rueda, es decir, ya existe. En lo que sí hay que tener un poquito de cuidado es en lo que está ocurriendo en Perú, que hay un exceso de demanda de adjudicadores que todavía el mercado no puede ofrecer. Eso está afectando a la calidad.

Entonces, si vamos por un lado para la construcción y luego a la operación y generamos más demanda todavía y no hay miembros preparados, el exceso de oportunidades al final puede ser una muerte por éxito, que es un término definido.

Con respecto a lo que comentaba Carlos, si bien yo no estoy familiarizado con la Ley de Contrataciones del Estado, algo que sí percibo y que en mi cabeza no termina de entrar es en qué momento es más importante el contrato que el proyecto. ¿Por qué es más importante el collar que el perro? Es decir, el contrato es un medio que se creó para agilizar o para evitar problemas o administrar un contrato, pero el fin

era el proyecto. Y sí encuentro a veces en Perú que parece que el fin es el contrato y no el proyecto, y una imposibilidad de modificar el contrato o de cambiarlo y se prefiere no ejecutar o no terminar el proyecto que modificar el contrato.

Entonces, en ese momento se pierde de vista que es una herramienta y nada más, que lo que se desea es hacer un hospital o un colegio.

Con eso termino la invitación a la reflexión.

**Jaime Gray:** Gracias.

Última pregunta, por favor.

**Sergio Antay (público):** Muy buenas noches.

De la práctica a la realidad he descubierto algo: ¿qué ocurre con el desarrollo de las JRD cuando los adjudicadores tienen cinco, seis, siete, ocho JRD y uno entiende que tienen su desarrollo profesional como árbitros, como docentes? O sea, ¿cómo podemos establecer un límite donde el desarrollo de la JRD por la misma función que realizan no se va a menoscabar? Esa es la pregunta. ¿Cuánto sería el límite?

**Ignacio Palacios:** Gracias por la pregunta.

El número de JRD o *dispute boards* que puedes hacer dependerá de la persona, pero la pregunta creo que la estabas encaminando en que no es únicamente cuántas JRD tienes, sino qué más haces.

Eso ocurre mucho. Se limita a cuatro. Oye, si es lo único que hago en la vida, pues tengo tiempo para hacer cinco o seis. Si soy director de una empresa de peritaje internacional, llevo cien arbitrajes y me dicen que hago un *dispute board*, pues está la posibilidad de que no pueda. Al final depende de la persona.

Eso lleva a otro punto que es cómo deben de mejorar las entrevistas y qué se debe de buscar en un *dispute board*. Por ejemplo, bajo ICC tienes que garantizar tu disponibilidad y si no, puedes ser recusado, es decir, no puedes ser recusado porque tengas veinte JRD, puedes ser recusado porque no tengas disponibilidad, porque tienes un plazo de treinta días y en treinta días tienes que ir a obra sí o sí, y si no, estás en incumplimiento y se te puede recusar. Ese es el momento, pero no si tengo veinte *dispute boards* o cuarenta, sino en el momento que yo realmente fallo o tengo un incumplimiento, pero no antes.

**Jaime Gray:** Muchas gracias.

Estamos a punto de cerrar. Quisiera, por favor, hacer un muy breve *wrap up*, porque acá ha habido ideas muy interesantes que han traído los panelistas y también en las preguntas.

En la ponencia de Lupe, en primer lugar, tantas cosas. Creo yo que es necesario destacar que ella y su institución tienen el mapa muy, muy claro. Se trata de ponerse adelante, de no ser un costo, no ser un problema para las partes y que su aporte a la comunidad y a la institución está en no ser una piedra en el zapato y eso parte de una percepción errónea de la función de los administradores. Creo yo que todos los que hemos sido miembros de un *dispute board* apreciamos muchísimo a la institución.

En segundo lugar, quiero destacar en la ponencia del ingeniero De la Colina, su llamado a gestionar la necesidad de tener equipos, el tema es que somos humanos y, por tanto, bastante falibles.

Y si me permite él mencionar una frase que está muy de moda en este momento en la ingeniería y que es, voy a decir, un *leitmotiv* de los contratos colaborativos. «Nadie sabe más que todos juntos».

De la ponencia de la ingeniera Rivarola, tener la valentía de decir las cosas como son. Con cosas buenas, cosas malas y cosas horribles.

Además, recordar que tenemos que capacitarnos, que esto no ha concluido, que esto es algo permanente y que nunca se acaba.

Con respecto a Ignacio, del llamado a entender que esto toma tiempo y que es una inversión. El tiempo también es una inversión y lógicamente los recursos son finitos también desde el punto de vista económico.

Tema final. Buenas prácticas.

¿Cómo vamos a consolidar todo lo que hemos hablado en estas cuatro ponencias? Va de eso, de aplicar las mejores prácticas ya existentes en las políticas de remuneración a los miembros, de qué deben hacer, de crecimiento y de futuro. Están ahí. No necesitamos inventar la rueda.

Muchas gracias a los panelistas.

## **MESA 4: CAMBIOS IMPRESCINDIBLES PARA UNA NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

**Presentadora:** Continuando con el programa, damos inicio a la Mesa 4. Se desarrollará el tema «Cambios imprescindibles para una nueva Ley de Contrataciones del Estado».

La mesa será moderada por la doctora Silvia Rodríguez Vásquez, quien es Secretaria General de Arbitraje y *Dispute Boards* en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

**Silvia Rodríguez Vásquez:** Buenas noches.

Me acompañan en esta mesa grandes expositores, abogados, abogadas y, de verdad, para mí es un lujo tenerlos acá. Realmente, gracias por haber aceptado la invitación.

Tenemos a María Hilda Becerra Farfán. Ella es abogada, magíster en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con especialización en Construction Project Management en la Columbia University, y en Asociaciones público-privadas en la UTEC. Tiene formación en Lógica, Argumentación Jurídica y Prueba con los profesores Juan García Amado, Giovanni Batista, Rati Marina Gascón. Con más de veinte años de experiencia en materia arbitral vinculada a contratos públicos y privados. Es docente universitaria en programas de posgrado, en arbitraje, contrataciones públicas y Derecho Administrativo.

También nos acompaña Ricardo Gandolfo Cortés, abogado por la PUCP, con más de cuarenta años de experiencia en contratación pública. Autor del proyecto de la primera Ley de Contrataciones del Estado. Ha

participado en la elaboración de diversas normas de la materia. Ha realizado estudios para la Comunidad Andina en representación del Perú, la Agencia Internacional de Desarrollo de Estados Unidos y para Con-sucode. Es consultor, catedrático conferencista y árbitro inscrito en el centro de la PUCP, de la Cámara de Comercio, de la Cámara de Comercio Americana y del Colegio de Ingenieros. Es director de la Asociación Peruana de Consultoría y editor del Seminario Propuesta.

También nos acompaña, Ricardo Rodríguez Ardiles, árbitro adjudicador y consultor independiente, abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Expositor y docente sobre construcción, arbitraje y *dispute boards*, juntas de resolución de disputas y contrataciones públicas. Ha sido miembro del Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima. Vocal del Tribunal de Contrataciones del Estado y gerente general de la Cámara Peruana de la Construcción. Ha realizado diversas publicaciones sobre la especialidad en distintos medios. Ha sido condecorado como árbitro en Derecho por el Colegio de Abogados de Lima, árbitro y adjudicador de los principales centros arbitrales del país.

Por último, nos acompaña Magali Rojas Delgado, socia de Delroc S. A. C., Consultores Legales, exvocal del Tribunal Administrativo del OEA y expresidenta del OSCE. Con más de veinte años de ejercicio profesional en diversos cargos y funciones en el sector público. Especialista en sistemas administrativos del Estado, en Derecho Administrativo y en contrataciones públicas. Magíster en Gerencia Pública por la Universidad Continental. Máster en Administración Pública por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid y abogada por la Pontificia Universidad Católica de Perú. Docente de la Universidad del Pacífico, Academia Diplomática y CAEM, coordinadora del área de contrataciones públicas en la Escuela de Postgrado de la Universidad Continental, árbitra en ejercicio especializada en contrataciones públicas.

Vamos a hablar de los cambios imprescindibles para una nueva Ley de Contrataciones del Estado y específicamente vamos a hablar de este proyecto de Ley n.º 5472/2022, que fue creado o fue elaborado por el MEF en conjunto con diversos sectores de la sociedad.

Recuerdo que también a nosotros, al Centro de Arbitraje de PUCP, nos convocó el MEF para dar nuestras perspectivas, consejos, absorber consultas sobre lo que está proponiendo el Ministerio de Economía y Finanzas.

Esto fue en enero de este año, me parece, y recién en junio de este año este proyecto de ley llega a la luz después de haber pasado por diversos sectores, incluyendo por entidades, procuradurías, etc., y llega al Legislativo en junio de este año y también varios de nosotros hemos participado en estos talleres en el mismo Congreso para hablar sobre lo que podría ser esta nueva Ley de Contrataciones del Estado.

Pero acá, Ricardo, conversando, cuando veíamos qué hacer en esta mesa y qué traerles a ustedes, decía: yo quiero hablar de un tema más macro, que tengamos una nueva visión de lo que es la nueva ley de contrataciones públicas o lo que debería ser.

Entonces, en realidad, Ricardo nos va a hablar de qué hay que cambiar este paradigma de la contratación pública.

**Ricardo Rodríguez Ardiles:** Muchas gracias.

Sean mis primeras palabras de agradecimiento al Centro de Análisis y Resolución del Conflicto de la Pontificia Universidad Católica del Perú y a todo su equipo que lo integra y que esta noche personifico en Marlene Anchante, su directora, y a Silvia Rodríguez, su secretaria general.

Igualmente, no puedo dejar de sumarme en esta noche al reconocimiento que el día de mañana recibirá César Guzmán-Barrón por su infatigable labor en procura de la eficiencia en la solución de conflictos, su reconocida capacidad académica y su calidad humana.

Felicitaciones César y lamentablemente por motivos de viaje no estaré mañana en la noche, pero desde aquí te transmito mi cordial saludo y felicitación.

Asimismo, agradezco a los organizadores, al permitirme abordar el tema asignado al panel desde una perspectiva integral que considero resulta en los actuales momentos del país, indispensable.

Sin menos de reconocer la pertinencia de cada una de las puntualizaciones que con acierto harán mis distinguidos colegas con quienes comparto esta mesa y por quienes guardo reconocimiento a sus capacidades profesionales y estima.

Cada cierto tiempo nos reunimos en seminarios y congresos para proponer el perfeccionamiento legislativo de la compra pública. Y hay que reconocerlo, en el terreno normativo se han logrado significativos avances, aunque también hay que decirlo, quedan pendientes que es necesario atender.

Esta noche, una vez más, reflexionamos sobre lo mismo y casi admitimos sin mayor reserva que en breve estaremos dando cumplimiento a la regla no escrita, pero verdadera, de que cada periodo gubernamental debe dictar por lo menos una nueva Ley de Contrataciones del Estado y a veces efectuar durante ese mismo periodo modificaciones o emitir disposiciones específicas para determinadas circunstancias de contratación.

Sin embargo, y pese a ello, a la postre la realidad de la compra pública nos sigue mostrando cifras preocupantes que nos impulsan a pensar que hay algo que va más allá de la normativa y que requiere atención urgente. Un nuevo paradigma.

Como todos conocemos, en la actualidad, la inversión pública se desarrolla bajo dos marcos o sistemas. El Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones (Invierte.pe), cuyo objetivo principal es el cierre de brechas de infraestructura o de acceso a los servicios públicos mediante una gestión de inversión, aplicando mecanismos que promuevan la mayor transparencia y calidad a través de la competencia. Y el otro sistema es el Nacional de Promoción de la Inversión Privada (SNPIP), para promover las inversiones público-privadas y de proyectos de activos.

Respecto al primero, el Invierte.pe es donde se aplica fundamentalmente la Ley de Contrataciones del Estado. ¿Pero qué nos muestra la realidad? Siguiendo la información de la Contraloría General de la República, existen 1826 obras paralizadas por un monto superior a los 24 mil millones de soles, de las cuales 750 son por contrata y que representan más o menos 17 mil millones de soles. Y de dicho número, 199 tienen un avance de ejecución entre el 90 % y el 100 %, y 207 un avance de ejecución entre 80 % y 90 %.

Igualmente, en declaraciones públicas que han sido repetidas y que se pueden encontrar en cualquier red, se asevera que funcionarios por inconducta funcional y corrupción han generado al país un perjuicio económico que supera los 24 mil millones de soles.

Tal pareciera, y esta es una reflexión que transmito, que es evidente que dentro de una concepción macro de la realidad, lo que se demanda es no ya una sola normativa que evite la generación de esas circunstancias, sino también y fundamentalmente, la creación de una nueva cultura

de lo que significa la compra pública, tanto para el sector privado cuanto para el sector público.

Por ello, y ese es el objeto de estas breves palabras, no basta que se emitan dispositivos legales en extremo cuidadosos, sino más bien que a la par de una norma eficiente en su concepto y contenido, se genere una interiorización de lo que significa ser parte del quehacer de la materialización de la compra pública, de modo tal que se cree una conciencia colectiva que cautele la eficiencia de la misma.

Ninguno puede estar en contra, y yo el primero de todos, de la necesidad del perfeccionamiento de la normativa, pero esta no debe ser solo un texto acabado, sino transformarse en un medio que posibilite generar la admisión interna en cada ciudadano de que cada compra que efectúa el Estado es parte de su satisfacción personal.

Igualmente, a la inversa, interiorizar que cada proyecto inacabado, cada adquisición frustrada, cada ejecución a destiempo y sin las condiciones esperadas es una compra que afecta a cada uno de manera individual, a su familia, a la colectividad.

No nos olvidemos en este extremo que al final de los tiempos, los fondos públicos vienen de cada uno de nosotros a través de nuestros impuestos. Y si nosotros no interiorizamos que lo que se gasta a través del Estado de manera ineficiente también es mío, voy a seguir siendo un dador de dinero sin importarme en absoluto mi propio patrimonio.

Esta postulación, que forma parte de un nuevo paradigma, por cierto, no es, ni será de generación espontánea, sino que demanda una labor de docencia en la que deben involucrarse sin reserva las instituciones de la sociedad civil mediante capacitaciones continuas y de servicio a la comunidad, priorizando el bien común por encima de los beneficios económicos coyunturales.

Dentro de esa perspectiva por ello es muy importante lo que contiene el proyecto de ley elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas y remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso en el que además de las mejoras que con certeza serán objeto de comentarios por mis copanelistas, propugna de una manera clara la utilización de los modelos estandarizados de contratos de obra, por ejemplo, cuya nota tipificadora es pasar de un modelo confrontacional a una ejecución colaborativa en los que prima la realización plena del proyecto.

Igualmente, y dentro de este nuevo alcance necesario, el proyecto de ley, aunque a mi entender de manera tímida, introduce dentro del principio de equidad el principio de colaboración, que conlleva que todo aquel que participe en una contratación asuma la obligación de brindar la colaboración oportuna y eficaz para el logro de la finalidad pública que se persigue.

Este principio de colaboración así expresado en el proyecto de ley no es solo para el sector público, sino también que involucra a los agentes del sector privado.

Si a ello le agregamos que lo que se propugna también en el proyecto no será más el menor precio, sino el mejor valor por dinero no cabe duda de que estamos a puertas de una nueva concepción de la contratación y de la compra pública. Extremos que no se restringen al proceso de selección, sino que se irradian a la ejecución contractual en la que debe perseguirse y obtenerse, y leo textualmente, un aseguramiento de que la calidad esperada en la contratación sea cumplida a través de la gestión del contrato, la solución oportuna de reclamos y la utilización de contratos con requerimientos claros.

El proyecto, con acierto, incluso pretende romper la práctica generalizada de dos etapas: una de elaboración del expediente técnico; y, la segunda, la ejecución del proyecto, para dar paso a eficientes contratos colaborativos.

Ahora bien, estas formas de contratación colaborativa suponen en esencia una administración o gerenciamiento del contrato con comunidad de propósitos entre el contratante y el contratista, para lo cual el manejo de las denominadas alertas tempranas, que hemos escuchado en el panel anterior, permiten a las partes, antes que se convierta un evento en controversia, llamar la atención sobre riesgos ante una situación potencialmente conflictiva, que atenta contra la operatividad del proyecto y sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder a cada quien, en un espíritu de comunidad de propósitos, solucionarlas de manera pronta, pues lo que importa no es la búsqueda y sanción de responsables, que es otro extremo separado, sino lograr que el proyecto continúe y se concluya.

Como es fácilmente advertible, este proceso requiere que quienes participan en estas deliberaciones no solo posean conocimiento en la materia, sino que hayan entendido el alcance del contrato colaborativo y especialmente que tengan capacidad de decidir dentro del marco del contrato, es decir, se requiere un empoderamiento del funcionario público para que sus decisiones sean respetadas por todos los estamentos de la cadena del sector, así como también, fundamentalmente, sin el atisbo de ser posteriormente considerada su decisión como un hallazgo de situación adversa por el órgano de control, que le puede conllevar procedimientos administrativos, incluso de denuncia penal, que le durarán tiempo, años y dinero.

Es por ello que, como parte de lo indispensable que debe introducirse y reglarse en la nueva normativa de contratación pública, se debiera considerar el obligatorio control concurrente, sin reserva de auditorías posteriores, pues ello destruiría la nueva concepción del espíritu colaborativo de gestión.

Bajo lo antes expuesto, y casi ya concluyendo, que constituye una nueva visión integral de la normativa, debe primar un sostenido reforzamiento de la ética en la compra pública que involucre tanto al sector

público como al sector privado, a fin de crear un nuevo ambiente de relación contractual entre partes, que se cimiente en la transparencia y se sustente en la buena fe, la confianza recíproca y el respeto mutuo; una campaña educativa que sea para ambos sectores, público y privado, el claro entendimiento de lo que significa ejecución del contrato en un marco colaborativo; legislar y reglamentar con prontitud el control concurrente de la Contraloría General de la República en los proyectos de inversión sin reserva de auditoría posterior; evitar peruanizar los contratos estandarizados, en el panel anterior veíamos que las DAP no son las JRD, por ejemplo, por cuanto la experiencia acredita que tales modificaciones a estos contratos internacionales generan contratos híbridos que no necesariamente aportan valor, mas sí desnaturalizan la esencia de aquellos; finalmente, que toda compra pública sea visualizada en función del objetivo, esto es, del proyecto, tomar decisiones en y para el proyecto de manera oportuna y certera, empoderando a quienes intervienen en las mismas.

Concluyo afirmando que la normativa de compra pública y su revisión demandan, dadas las circunstancias actuales que todos conocemos y que día a día nos sorprenden, una nueva perspectiva, un nuevo paradigma, tal como ha sido esbozado probablemente en algo, y sin ello, lamentablemente, seguiremos con la política del parche, de situaciones de detalle, con los mismos defectos, sin enfrentar la problemática de fondo que exige que las normas sean instrumentos generadores de una nueva ética social, de colaboración y respeto, finalmente, lo que debe primar en todo contrato, de buena fe.

Muchas gracias.

**Silvia Rodríguez Vásquez:** Gracias, Ricardo.

En realidad, el tema que le ha tocado a Ricardo, yo creo que daría para un evento entero, porque hay diversos aspectos, pero me quedo con esta frase, hay muchísimas cosas que ha señalado, pero creo que lo

principal es la conciencia pública que debemos tener sobre lo que significan estas compras, que al final afectan a cada uno de nosotros como individuos, y claro, hay que hacer una campaña educativa, estamos tal vez en una época de transición, que nos va a llevar a llegar tal vez en algún momento a esos contratos colaborativos.

Ya hay algo tímido, pero hay algo en este nuevo proyecto, ojalá que pronto lo veamos.

Ahora vamos a hablar con Ricardo, que nos trae, justamente, de este nuevo paradigma, pasamos a algo concreto, que son las prestaciones adicionales en el proyecto de la nueva Ley de Contrataciones del Estado.

Aquí Ricardo tiene planteamientos que recuerdo que hace muchos años, siempre los señala, y esperamos escucharlos.

**Ricardo Gandolfo Cortés:** Muchas gracias. Mi agradecimiento y felicitación a Marlene, a Silvia, a la Corte, a todo el equipo del Centro. Y mi felicitación a César Guzmán-Barrón, desde luego, por su merecido homenaje.

Un día como hoy hace varios años, también hicimos un congreso de arbitraje con la PUCP que se desarrolló en el polideportivo del Fundo Pando —y coincidía con el mismo partido de eliminatorias de Perú y Brasil— y en mi panel presidía la mesa el maestro Felipe Osterling Parodi. Antes de presentarme, anunció los resultados que hasta ese momento arrojaba el partido, nada alentadores, por cierto. Y, bueno, se felicitaba de alguna manera de que hayamos preferido estar todos juntos intercambiando opiniones, novedades del mundo arbitral, que sufriendo en nuestras casas al pie del televisor. Esperemos que ahora la primera parte de compartir experiencias arbitrales sea también positiva y que cuando lleguemos a casa no suframos con el resultado.

El tema elegido para esta noche es el del «Arbitraje de las prestaciones adicionales en el proyecto de la nueva Ley de Contratación del Estado». Puede sonar a herejía porque, como sabemos, actualmente las prestaciones adicionales no van a arbitraje.

Entonces, el texto de la ley actual dice lo siguiente: es el artículo 45, numeral 45.4:

La decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje, ni a junta de resolución de disputas.

Acto seguido dice:

Las pretensiones referidas a enriquecimientos sin causa o indebido, pagos de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas por parte de la entidad o de la Contraloría, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente norma o el reglamento, correspondiendo, en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.

¿Por qué subrayé todo esto? Porque, como ustedes recordarán —ya tenemos más de veinticinco años— en mi Ley de Contratación del Estado, en un principio no se establecían estas cosas y las partes o los contratistas, inteligentemente, hábilmente, no presentaban reclamaciones arbitrales sobre adicionales si no decían enriquecimiento indebido, enriquecimiento sin causa, en fin, indemnizaciones, como decían, le sacaban la vuelta a la norma.

Entonces, la norma, como buen arquero, tapó esos goles y cerró la posibilidad de que haya ninguna reclamación.

Muy bien, entonces, ahora qué nos dice el texto del proyecto, de este proyecto que está ya en el Congreso y que tiene muchas posibilidades de avanzar rápidamente; el texto del proyecto nos dice:

Las prestaciones referidas a enriquecimientos sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra de similar naturaleza que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, hasta el momento, todo el universo, lo que ya conocemos que está prohibido, luego dice: por parte de la Contraloría General de la República —ya no dice de la entidad— no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje o junta de resolución de disputas, correspondiendo, en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial.

Luego agrega, algo nuevo: las controversias relacionadas a prestaciones adicionales aprobadas por la entidad sí pueden ser sometidas a arbitraje o a junta de resolución de disputas. Vaya, vaya. Un avance supongo, ¿no? Creo que es un gran avance.

Como sabemos, la que aprueba, la entidad, aprueba hasta el 15 % en el caso de obras, y del 15 % hasta el 50 % aprueba la entidad, pero tiene que conseguir la autorización previa para el pago y la ejecución de la Contraloría General de la República. Entonces, hay dos tramos.

Este dispositivo nos da a entender que el primer tramo hasta el 15 % de adicionales podrían discutirse, controvertirse en la vía arbitral o en la JRD. Y luego, el siguiente, siempre en el Poder Judicial, pero algo hay que notar, dicen, en la parte subrayada: las controversias relacionadas a prestaciones adicionales aprobadas por la entidad.

Un momentito. Las aprobadas por la entidad no se discuten, se discuten las que no aprueban, justamente. Entonces, ahí hay un primer punto a corregir. Yo creo que el ánimo del legislador, del que elabore el proyecto, es decir: «Oye, el primer tramo sí vamos a discutir en el arbi-

traje o JRD; el segundo tramo no», pero si me pone prestaciones adicionales aprobadas, ya me está restringiendo la cancha, ya me está diciendo solo puedes discutir las prestaciones que ha aprobado la entidad. Las que te han negado no las puedes discutir. Las que te ha aprobado.

Pero ¿por qué voy a discutir las que me ha aprobado? Estaré contento, bailaré como un trompo; pero no, de repente se puede discutir que te puso otros montos, que te puso otros precios, y discutes eso, que no creo que esa sea la intención del legislador.

Hay que reflexionar mucho sobre este tema y ensayar alguna propuesta alternativa. Entonces una propuesta alternativa es esta, mantener el texto como está al comienzo:

Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, o pago de indemnizaciones o cualquier otra de similar naturaleza que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas por parte de la Contraloría General de la República, tal como está en el proyecto, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje o junta de resolución de disputas corresponden, en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial.

Y a continuación, repetir el mismo texto:

Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, o pago de indemnizaciones o cualquier otra de similar naturaleza que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas por parte de la entidad, ahora sí de la entidad, sí pueden ser sometidas a arbitraje o a junta de resolución de disputas.

Con lo cual metemos todo, ya las que no aprueba, las que deniega, las que aprueba parcialmente, las que entran por enriquecimiento indebido sin causa o indemnizaciones, todo, porque ese es el espíritu del proyectista.

El proyectista, no el proyectista ingeniero, sino el proyectista que ha redactado el proyecto. ¿Qué quiere? Que el primer tramo de ese 15 % pueda discutirse en arbitraje y el otro tramo del 15 % al 50 % tenga que seguir discutiéndose en el Poder Judicial.

Como las prestaciones adicionales solicitadas a la entidad, porque hemos dicho que no es lo mismo las solicitadas que las aprobadas, no todas las solicitadas son aprobadas, entonces hay que encajonarse, en principio, en las solicitadas, pero mejor con el texto propuesto para que agarre absolutamente a todas.

El texto excluye a otros, pero hay que pensar algo: ¿por qué está excluyendo, por qué está diciendo que el primer tramo del 15 % puede ir a arbitraje y lo otro no?

Ese primer tramo va del 100 % del monto del contrato original al 115 %, o sea, el primer tramo, 15 %. Y el siguiente adicional, que puede ser de 1 %, ese sí tiene que ir al Poder Judicial. ¿Por qué el 1 % va al Poder Judicial y el 15 % iría a arbitraje o a junta de resolución de disputas? No hay razón valedera.

La razón es, supuestamente, la que fluye desde ahora, desde cómo está en la ley actual, que nada va a arbitraje ni a junta resolución de disputas. ¿Y por qué nada va a junta de resolución de disputas ni a arbitraje? Porque lo que diga la Contraloría es santa palabra.

Entonces, eso trae por los suelos una norma fundamental de la organización de los Estados. Los Estados y los gobiernos se dividen por sectores: hay un sector de transporte, hay un sector de energía, hay un sector de defensa, y son los ministerios. Y cada sector tiene sus especialistas. No puede venir un órgano supranacional, un órgano todopoderoso, y decir yo decido si lo que ha dicho energía está bien, si lo que ha hecho transportes, si lo que ha hecho salud, educación, en absoluta-

mente todas las áreas. Porque si existe ese órgano, ya pues, hay que cerrar los ministerios, estamos gastando plata por gusto, que ellos hagan todo, que ellos gobiernen.

Entonces, esa no es la idea. La Contraloría debe cumplir su labor, los órganos de control deben cumplir sus tareas de verificar la correcta ejecución del presupuesto público, pero no puedes entrar a discutir lo que cada sector determina.

Y en materia de adicionales, con mayor razón. ¿Qué puede ser? ¿Cómo es posible que un profesional de la Contraloría pueda saber más que un profesional que es capacitado, que es seleccionado por concurso, que se le reclama una serie de requisitos para que pueda participar? Eso no puede prosperar.

Entonces, por eso, yo creo que hay que ser más audaces y hay que irnos a la segunda propuesta, que es la siguiente: las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido o pago de indemnización o cualquier otra de similar naturaleza que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas por parte de la entidad o de la Contraloría pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje o junta de resolución de disputas. O sea, todas.

Esta propuesta creo que es más revolucionaria, que todas las reclamaciones sobre pretensiones adicionales puedan ser sometidas a conciliación o arbitraje. ¿Por qué? Porque no hay razón alguna para que unas tengan un tratamiento y las otras tengan otro.

Muchas gracias por su atención y esperamos que gane Perú.

**Silvia Rodríguez Vásquez:** Gracias, Ricardo.

Definitivamente esto de las prestaciones adicionales siempre ha sido un tema de discusión y creo que la propuesta que haces es bastante revolucionaria, pero que daría mucho que hablar en temas de arbitraje.

Ojalá nuestro mecanismo esté a la altura de esta nueva propuesta que estás haciendo, si se da, que los árbitros, realmente, puedan resolver correctamente. Desde el temor, siempre el temor policíaco que tiene la Contraloría con ese tema.

Vamos a seguir con Magali Rojas, quien nos va a hablar, nuevamente, de este paradigma que estamos diciendo que es nuevo. ¿Qué debemos hacer con estos mecanismos de solución de controversias? Para mejoras, para ejecución y eficiencia de los mecanismos de solución de controversias.

**Magali Rojas:** Muchas gracias, Silvia.

Me uno a las felicitaciones del doctor Guzmán-Barrón. Definitivamente, ha sido un referente en temas de arbitraje. Él, junto con Jaime Gray, que estaba hace un ratito en la mesa anterior, nos convencieron en el OSCE en su momento de incorporar la junta de resolución de disputas como mecanismo de solución de controversias y mantener el ímpetu siempre progresista del Perú respecto a incorporar de manera facultativa, obligatoria, pero sobre todo explícita, en la ley, este tipo de mecanismos innovadores. Dentro de lo que es el continente americano siempre voltean a sorprenderse de cómo es que Perú ha manejado y maneja este tipo de mecanismos de solución de controversias.

Sin embargo, si bien somos vanguardistas en este tipo de disposiciones, en la realidad las cosas no pintan tan bien. Y hay una situación, un diagnóstico que, viéndolo desde el lado privado y también desde el lado público, nos salta a la cara, sobre todo, a los operadores del sistema que continuamente participamos en diferentes roles.

Yo he tenido la oportunidad de ubicarme en los 360 grados del problema, he sido auditora legal, asesora legal externa, asesora legal interna, asesora de alta dirección, titular de entidad, del órgano de supervisor de contrataciones del Estado, y ahora crucé a la otra orilla y me encuentro tratando de asesorar a las empresas privadas que intentan desarrollar un negocio con el Estado, celebrar un contrato con el Estado, y resulta un camino hacia arriba, con una gran dificultad, sobre todo por principios de legalidad, de equidad, de seguridad jurídica, que se van vulnerando de manera muy simple, como muy rutinaria.

¿Y a qué me estoy refiriendo? Recordemos, como para entrar en contexto, que los mecanismos de solución de controversias forman parte de la legislación, están en la ley, pero además constituyen o se contienen en una cláusula de los contratos, y en esa cláusula de los contratos las entidades asumen un compromiso.

Sin embargo, en la realidad, a pesar de que esa cláusula la firman tanto la entidad contratante como el contratista, si estamos hablando de una conciliación, asisten muchas veces, por lo menos yo he sido testigo en varias ocasiones, los representantes de las entidades contratantes, sin haber hecho su tarea, sin haber desarrollado este famoso análisis de costo-beneficio para saber si efectivamente la controversia debe proseguir a un arbitraje o de repente asumir que vamos a ceder una posición, sí, pero vamos a ganar en tiempo en costos del arbitraje, en eficiencia del contrato, en cumplimiento y satisfacción de la finalidad pública. No se hace la tarea.

Entonces las conciliaciones, en realidad, casi son mera formalidad.

En cuanto a los arbitrajes, la cosa se pinta peor. Muchas entidades no pagan sus gastos arbitrales cuando se requiere; tienen que generar esta situación arbitral dentro del Seace, que es la plataforma de transparencia, pues no la generan y el laudo luego no se puede colgar.

Al presidente del tribunal, y lo digo casi por un sufrimiento personal, es difícilísimo cómo registrar el laudo y se tiene que registrar para que tenga eficacia jurídica.

Claro, estamos hablando de cosas operativas, pero que impactan en la seguridad jurídica del contratista. Entonces, nos sentamos a la mesa, tratamos de pactar reglas definitivas. Que van a ser las que van a regular esta relación jurídica, que es una relación no muy equitativa que digamos. Hay muchas prerrogativas que todavía el Estado se guarda como la aplicación de penalidades, etc. Las garantías del fiel cumplimiento que solamente garantizan el fiel cumplimiento de las obligaciones del contratista a favor de la entidad, no al revés. En fin, hay una serie de situaciones y se aceptan, pero una de ellas tiene que ver con los mecanismos de solución de controversias y no está funcionando.

Finalmente, tenemos un laudo que no es ejecutable. ¿Cómo que no es ejecutable? Porque lo tenemos bien, impreso, de repente está registrado en el Seace si queremos, pero cuando queremos ir y tocamos la puerta de la entidad, oye, págame mi laudo. No, que no hay plata, que la ley no sé qué, que el quinto orden de prioridad. En sentencias, nada más, tiene que ir al Poder Judicial. Nos vamos al Poder Judicial. Seis meses, auto de ejecución. No, que eso no puede ser, que el Fenómeno de El Niño, todo el presupuesto se debe al Fenómeno de El Niño.

Esos son los pretextos. Entonces, ¿estamos con reglas? ¿Tenemos reglas que cumplir cuando nos conviene? Y cuando no nos conviene ni siquiera por un tema de ejecución.

Yo he sido titular de entidad pública durante cinco años seguidos y nos desesperábamos por ejecutar el presupuesto, pero ni siquiera esa es la motivación, es quinto orden de prioridad y, por lo tanto, vas a la cola.

Entonces, ¿dónde está la seguridad jurídica que protege a la parte, digamos, entre paréntesis, más débil, que no tiene tantas prerrogativas y

tantos mecanismos de ejecución, de esos mecanismos en los que ambas partes se comprometieron, que serían los mecanismos que solucionarían las controversias.

Yo diría que la ley incorpora una serie de propuestas innovativas. Espero que todavía existan espacios de discusión y de propuestas y de mejoras, y no solamente a nivel de la ley, sino también a nivel del reglamento, porque todavía falta ser un poquito más creativos, no agresivos, sino creativos. Con la conciliación y un poco sobre la base de que en el Perú, y esto no es algo que ofenda, todos somos peruanos y podemos tener un autoanálisis, a nosotros nos gusta que nos impongan las reglas con sanciones. Por ejemplo, ahorita el tema de la velocidad. No sé ustedes, pero yo voy a treinta en una calle de un solo sentido y de verdad mis hijas me dicen, estás manejando como abuela. ¿Qué cosa te pasa? Y yo digo, oye, pero es la velocidad máxima. Ay, mamá, pero ¿qué vas a hacer caso? Entonces, sí, claro que hago caso, porque ya no yo, pero mi carro, iba un poquito más de lo que debía en una carretera, 780 soles de multa. Entonces ya uno la piensa, porque viene la coerción. Como dicen, el garrote, la zanahoria. La zanahoria, el garrote.

Entonces vamos a buscar la zanahoria y el garrote para la conciliación, para el arbitraje y para la junta, para que estos mecanismos funcionen de manera más eficiente que proporcione seguridad jurídica a las partes. Cuando tiene que ganar la entidad, listo, gana, pero si gana el contratista, ¿por qué hacerlo padecer?

Les digo, o sea, hay laudos de clientes míos que tienen tres años y no los pagan, y no pagan ni un porcentaje, ni un 10 % ni nada y, por supuesto, estamos hablando del lado iluminado y brillante; pero también está el lado oscuro, en el que quieres que te pague, pero cómo es. Entonces es peor todavía, pero yo no me fijo ni hablo de eso, porque de verdad, digo, para qué.

Entonces, en la conciliación, ¿qué cosa propondría? Que ese análisis de costo-beneficio debe ser de presentación obligatoria al centro de conciliación. Por lo menos esfuérate, pues. Y presenta que hiciste la tarea.

El conciliador no va a analizar el informe, pero ya existe, eso es bastante, porque de verdad que ya no sé si existe, pero se sientan los representantes de las entidades. Encima, a veces piden ampliación treinta días, sesenta días, y resulta que después no, hay, el área usuaria no me dio. Entonces, esa coerción creo que es importante.

En el arbitraje, el tema del pago de los gastos arbitrales, el tema de la ejecución del laudo tiene que estar regulada. Con un espacio coercitivo, lamentablemente, que permita creerle, o que el contratista crea que realmente va a respetarse las reglas. El contratista es una empresa, una empresa peruana, normalmente.

Las empresas tienen naturaleza lucrativa, para eso están creadas y contratar con el Estado bajo estas circunstancias realmente es pérdida tras pérdida. El número de contratistas que contrata con el Estado cada vez se ha reducido más en comparación al número de proveedores que se inscriben en el RNP. Cada vez, es como una brecha que se va ampliando. ¿Por qué? Porque estas circunstancias son las que ahuyentan al contratista.

Y para que no me gane el tiempo, otro tema, el tema de la anulación del laudo. Parece que todavía seguimos con ese chip de que hay que agotar los medios de defensa y anulamos de manera automática. Ni siquiera nos preocupamos en presentar la resolución autoritativa. Y, sin embargo, el Poder Judicial inicia el procedimiento. Eso debería ser un requisito de admisibilidad, mínimo.

Y el Ministerio de Justicia, finalmente, que está, o debería estar, regulando la actividad de los centros arbitrales, y el Organismo Supervisor

de Contrataciones del Estado, verificar o autorizar especialmente a qué centros arbitrales pueden otorgar medidas cautelares.

He visto, de verdad me he quedado sorprendida, muchísimos centros arbitrales desconocidos para mí, con unas medidas cautelares analizadas no más de primera mano sin haber analizado todos los documentos del caso, me parecen, por decir lo menos, sorprendentes.

La junta de resolución de disputas. Esta es un poco la pregunta que hice en la mesa anterior. Se está utilizando para bienes, para servicios, me parece que es correcto, hay un tracto sucesivo de ejecución contractual, debería haber acompañamiento, eso es lo que hace la junta, acompañar.

Y, finalmente, el costo. A veces no se instala la junta porque el costo es muy alto. Creo que el costo debería, por lo menos en las obras, formar parte del presupuesto de obra. Y con eso, asumir, creo, porque a quien más le interesa que esto funcione es al Estado, que cumple, que a través de la contratación pública trasciende hacia no solamente, como decían los Ricardos, la satisfacción de la finalidad pública, sino también la mejora en el nivel de calidad de vida de los ciudadanos.

Muchas gracias.

**Silvia Rodríguez Vásquez:** Gracias, Magali.

Quisiera tomar una partecita de lo que has mencionado sobre esta conducta lamentable de algunas entidades de no pagar lo que debe pagar cuando se emite un laudo, porque precisamente estas situaciones llevan a conductas extremas, que lo mencionaste, que obviamente pueden llevar a situaciones de corrupción. Y, claro, podrían generar estos incentivos perversos, más bien. Lo que hay que tratar de generar son los incentivos correctos y buenos para proporcionar a todos seguridad jurídica.

Muchísimas gracias por las propuestas en conciliación, arbitraje y JRD.

Vamos a darle la palabra ahora a nuestra última expositora que es María Hilda, y que nos va a hablar, precisamente, en este proyecto de ley, de los centros de arbitraje, las respuestas urgentes que se deben tener.

Yo quisiera mencionar, antes de darle el uso a la palabra, que el Renace no es un registro, sino es un directorio. El Renace, efectivamente, esto es del Minjus, salió en ese Decreto de Urgencia n.º 020-2020, pero no es en realidad una certificación que es del Ministerio de Justicia, sino simplemente es una inscripción, ustedes entran a la página web y automáticamente inscriben a un centro de arbitraje que hayan creado, es más, ayer David decía que el día anterior se había creado, al día siguiente dio una medida cautelar, lo cual, obviamente, deja mucho que desear.

María Hilda, me consta, es una valiente árbitra que ha tenido que afrontar algunas situaciones que probablemente nos contará hoy.

**María Hilda Becerra:** Muchas gracias.

Es siempre un gusto estar en esta casa, además, porque creo que tiene una trayectoria impecable, y más allá de todo lo que se pueda pensar sobre el arbitraje, creo que ha marcado la pauta en esto de los mecanismos de solución de controversias.

Efectivamente, quiero compartirles un poco cuáles son las respuestas urgentes que debemos tener ante estos problemas de los centros de arbitraje, porque creo que estamos, lamentablemente, después de diez años, olvidando lo básico.

Creo que todos hemos comenzado sabiendo, cuando hablábamos de arbitraje, estábamos muy claros en que la Constitución nos dice que

como ciudadanos accedemos al Poder Judicial, podemos acceder a un árbitro solo si hay un acuerdo de voluntades y, además, la ley lo permite o la ley lo establece, y que además esta actividad de otorgar derechos no es una actividad banal, no es una actividad fútil, no es una actividad cualquiera. Otorgar derechos, declarar derechos, resolver controversias, tiene un rango constitucional, afecta directamente con nuestro derecho de acceso a la justicia, tutela jurisdiccional efectiva, derecho constitucional.

Y la segunda cosa que deberíamos recordar es que los centros de arbitraje no tienen atribuida la jurisdicción por el solo hecho de llamarse centro de arbitraje. Un centro de arbitraje actúa, funciona, opera básicamente porque existe un acuerdo de voluntades que así lo establece, que así lo define, pero por la voluntad de las partes y, eventualmente, supletoriamente, por una norma. Pero esa es la esencia del arbitraje.

Esto, que pareciera tan elemental, parece que lo estamos olvidando. ¿Y por qué lo digo? Voy a presentarles tres casos hoy.

El caso de un centro de arbitraje E. Este es el convenio arbitral. Es un convenio arbitral típico que estuvo en las bases una temporada que establecía que la controversia será resuelta por árbitro único. La empresa propone, en este caso, dos centros de arbitraje, el de la PUCP y el de la Cámara de Comercio, y cuando surge el conflicto una parte inicia el arbitraje ante el centro E.

¿De dónde apareció E si en el convenio no se lo mencionaba? Luego hay una serie de oposiciones y el árbitro único declara infundada la oposición y dice que dado que en este momento no hay centros de arbitraje autorizados, pues cualquiera puede iniciar su arbitraje donde sea. Y, además, el centro de arbitraje puede designar a su árbitro, y en este caso me han designado a mí, así que adelante, señores. Este es el fundamento de unas reiteradas oposiciones.

El laudo, curiosamente, fue favorable a la parte que reclamaba que este caso no debía ser tramitado ante E, y la parte de manera, vamos a decir, absolutamente quijotesca, porque ya no sé cuál es la palabra, va a la sala y dice: «Señores sala, necesito que me anulen este laudo, porque pese a que está a mi favor ha sido emitido por E, una persona jurídica de derecho privado a quien yo no conozco».

¿Qué dijo la sala? Improcedente tu demanda, porque no has acreditado agravio. Y la pregunta es: un momentito, ¿te diste cuenta que estabas ante un laudo arbitral? ¿Lo que te llevó era un laudo arbitral realmente? No lo analizó, simplemente dijo, el laudo te resultaba favorable, y entonces no tienes nada que hacer aquí, a otro sitio.

Este es el segundo caso, y me encanta, porque este creo que es el más creativo que he visto hasta la fecha. Hay un convenio arbitral típico que dice árbitro único, y los centros de arbitraje son alternativamente el de la PUCP y el de la Cámara. Se inicia un arbitraje en la Cámara correctamente, se emite un laudo arbitral y la parte perdedora se va al Poder Judicial: Señores, Poder Judicial, anulen este laudo por equis razones. En primera instancia, fundada la demanda, nulo el laudo arbitral. La parte que pierde interpone recurso de casación. Ojo, una casación que se admite y, por tanto, un órgano jurisdiccional competente que todavía tenía en sus manos el expediente para definir si el laudo era o no realmente nulo.

Admitido el recurso, y en ese estado del trámite con el Poder Judicial todavía pendiente, creativamente surge traslado de centro de arbitraje, ¿qué es esto? Y lo hace ante un centro de arbitraje y dice: «Estoy pidiendo el traslado porque la Cámara de Comercio no me gustó», estando en trámite el recurso de anulación, existiendo una casación en trámite, y además existiendo un proceso de origen en la Cámara de Comercio de Lima bien instalado. Con laudo. ¿De dónde sale esto de traslado de sede arbitral? Somos creativos, pero, por favor, esto ya es el colmo de la creatividad.

Miren lo que resuelve, y a mí me encanta la resolución. Si todo esto no tuviera trascendencia, creo que nos podríamos reír a carcajadas. Miren lo que dice la resolución que acoge la resolución de traslado de sede arbitral. Dice: «Nuestra función como centro es dar acogida a todas las partes contratantes que en el desarrollo de sus actividades contractuales requieran de tutela jurisdiccional». Entonces, bienvenidos todos.

Ojo, J, que es el nombre de este centro de arbitraje, no estaba invitado a este arbitraje. Aquí los únicos centros de arbitraje invitados eran el de la Cámara de Comercio y el de la PUCP. ¿Y qué está pasando el día de hoy? Están constituyendo tribunal, pese a que el convenio arbitral dice árbitro único y están asumiendo este nuevo arbitraje.

Caso A. Este es el convenio arbitral. Me encanta la redacción del convenio, porque aquí lo que dice el convenio es exactamente imperativo, los centros o las instituciones de arbitraje serán imperativos. Abogados, conocemos, poder, deber, aquí es «serán» PUCP y Cámara.

El contratista va corriendo al centro A y dice, necesito cautelar fuera de proceso. Inmediatamente, el centro nombra árbitro de emergencia. El árbitro de emergencia inmediatamente emite una decisión cautelar. Y a mí me encanta —estoy ironizando con sarcasmo, por si acaso—, la resolución de la decisión cautelar, porque primero no hay una palabra sobre la oposición que formuló la parte que se vio afectada. No hay una palabra. Simplemente nunca existió ninguna.

Y la segunda parte es que realiza control difuso. Ahí está. ¿Qué está pasando aquí? Una persona que no tiene nada que ver con el convenio arbitral no tiene nada que ver con las partes, está decidiendo de manera unilateral que una norma jurídica deja de aplicarse porque a él no le parece racional. Y pretende que esa, su decisión, sea además ejecutada.

Ahí no termina la historia. El contratista se va a la PUCP, se constituye un tribunal conforme a las reglas del convenio, a las reglas de la

PUCP, en fin. Y cuando el tribunal ya está constituido, la parte dice, oye, ojo, nunca se resolvió mi recurso de reconsideración ni mi oposición en esta medida cautelar. El tribunal declara que esta decisión es inexistente para el mundo del Derecho y además notifica a todos los interesados.

¿Cuál es la respuesta del Ministerio Público? Ay, mire, qué lindo que pasó esto, pero esto es un asunto estrictamente contractual, y un asunto contractual no lo tengo que ver yo. Así que esto no tiene ninguna relevancia penal.

Ojo, no estábamos hablando de atribución para resolver conflictos. No habíamos recordado que el tribunal dijo que esto era jurisdicción, ¿cualquiera puede emitir resoluciones en calidad de jurisdicción? ¿Qué nos está pasando?

Entonces, la primera pregunta es: ¿este tipo de actos que se están emitiendo con tanta cotidianeidad todos los días, en más de no sé cuántos centros de arbitraje en todo el Perú? Además, en todo el Perú. En Andahuaylas, en Apurímac, en Loreto, en Contamana, en todo el Perú. Que están emitiendo una serie de actos. La pregunta es ¿son actos jurídicos? ¿Son actos jurídicos válidos? ¿Son actos jurídicos inexistentes? ¿Son actos jurídicos eficaces? Ojo, porque lo que hacemos cuando emitimos actos durante un proceso arbitral son actos jurídicos, actos jurídicos procesales, pero actos jurídicos al fin.

Esto que emitió J, que emitió E... ¿son actos jurídicos? Y ahí me trajo la idea del concepto de acto jurídico inexistente: es el acto jurídico que tiene un vicio de tal magnitud, tan escandaloso que no puede ser admitido para el Derecho, pese a que no exista una norma expresa, literal, que nos diga que efectivamente esto es así.

Entonces, claro, podríamos discutir si es inexistente o es nulo. Pero el punto es, ¿no son actos jurídicos válidos? Por una razón muy sencilla. Vamos a trasladarlo, porque a veces ya siento que hemos confundido

tanto todo. Estamos todos habituándonos a estas malas prácticas. Por ejemplo, imaginemos que un tribunal arbitral bien constituido mañana les notifica, les manda un mensaje por WhatsApp diciéndoles fundada tu cautelar. ¿Es resolución? ¿Nosotros como operadores jurídicos trataríamos eso como una decisión arbitral?

En el Derecho hay estándares mínimos formales, absolutamente mínimos que tenemos que cumplir, y el arbitraje, obviamente, tiene que insertarse en lo que es el mundo jurídico. Podríamos discutir si estos actos son nulos, son inexistentes, porque hay quienes dicen que la inexistencia del acto jurídico no está en el Código Civil, etc., pero al final lo sustancial es que estos actos jurídicos realmente no son existentes o válidos.

Entonces, ¿cuáles son las acciones? Y creo que ahí ya no es una cuestión de legalidad, sino acciones concretas, urgentes, que deberíamos contemplar.

Primero, el Estado debe implementar el día de hoy, ayer, antes de ayer, hace un mes, la vigésima segunda disposición final del TUO vigente que dice que debe regular los centros de arbitraje y es una cosa que no hace. La norma está.

En segundo lugar, los árbitros y los abogados no podemos prestar-nos a esta situación, o sea, no podemos mirar, primero no podemos promover medidas cautelares, manejando de esta manera y saltando con garrocha todas las instituciones jurídicas, porque ahí hay un tema que afecta completamente todo el sistema, y los árbitros también reaccionar correctamente con este tipo de instituciones. O sea, yo no voy a validar un WhatsApp por el que me digan fundada o infundada una demanda, o sea, el Derecho merece reaccionar a la altura de las circunstancias.

Los centros, evidentemente, deben actuar conforme a Derecho y el Poder Judicial y el Ministerio Público, antes de emitir cualquier resolución, mínimamente, tendrían que verificar si están ante un acto jurídico procesal válido.

¿Es válido esto? ¿E, realmente, ha emitido un laudo? ¿Califica de laudo?

Y creo que todo esto debe ser realizado definitivamente mirando a largo plazo, porque solo a largo plazo podemos construir y cuidar esta institución.

Muchas gracias.

**Silvia Rodríguez Vásquez:** Vale la pena todo lo que nos has contado.

Vamos a tener una pregunta solamente, considerando el tiempo.

**Carlos López Avilés (público):** Más que una pregunta, un detalle que percibí con la transparencia que expuso Ricardo Gandolfo.

Estoy totalmente de acuerdo con todo lo expuesto, no estoy en nada cuestionando. Sin embargo, la redacción de ese artículo del Proyecto de Ley tiene una falla, porque la Contraloría General de la República no aprueba prestaciones adicionales, autoriza la ejecución, quien las ha aprobado ha sido el titular de la entidad. Entonces, cuando ahí dice que sí se podrán arbitrar las aprobaciones con el titular de la entidad no está excluyendo a las que superan el 15 %, porque la Contraloría lo que hace es autorizar o no su ejecución, mas no las aprueba.

**Ricardo Gandolfo:** Gracias, Carlos, por la observación.

Sí, pero yo creo que en el fondo el espíritu del legislador es abrir la puerta del arbitraje. Lo que tenemos que hacer es poner el pie para que no se vaya a cerrar y tratar más bien de abrirla más, yo creo que es eso.

Hay que corregirlo. Gracias.

**Silvia Rodríguez Vásquez:** Muchísimas gracias.

## **MESA 5: LA ÉTICA EN LOS INTERVINIENTES DE UN ARBITRAJE**

**Presentador:** La primera mesa del día de hoy, la Mesa 5, tratará el tema «La ética en los intervinientes de un arbitraje».

Esta mesa estará moderada por la doctora Ana Teresa Revilla, quien es abogada, magíster en investigación jurídica. Concluyó el doctorado en Derecho y la maestría en Derecho Constitucional. Exministra de Justicia y Derechos Humanos. Presidenta ejecutiva del OSCE. Viceministra de Promoción del Empleo y de la Mype. Jefa de la Oficina de Asuntos Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores. Vocal del Tribunal de Contrataciones del Estado. Representante ante la OCMA y directora del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. Con experiencia en elaboración e implementación exitosa de proyectos financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Orientada a proyectos de modernización, desarrollo, contrataciones del Estado, administración de justicia y sistemas alternativos de solución de conflictos.

Recibimos a nuestra moderadora y a nuestros ponentes con un fuerte aplauso.

**Ana Teresa Revilla:** Buenas noches con todos los asistentes. Es para mí un gusto poder compartir esta prestigiosísima mesa con expertos y con gente que viene trabajando en el tema del arbitraje ya buen tiempo.

El tema de la ética en el arbitraje es crucial y es una de las banderas que debe guiar el trabajo de los árbitros y es algo que no se puede perder. Hay que pensar cada vez más cómo podemos orientar el arbitraje, sobre todo en una materia a la que he estado más vinculada que es el arbitraje

en contrataciones con el Estado, en donde si es que se dan malas señales, el arbitraje se puede caer.

Entonces, es muy importante que personas como Roxana, Rocío, Walter, nos den algunas de sus reflexiones sobre este tema, porque en verdad nos interesa que el arbitraje sea un ejemplo, que el arbitraje peruano, el arbitraje nacional, sea un ejemplo hasta mundial, porque —como ustedes saben— somos el único país que tiene el arbitraje obligatorio en contrataciones del Estado y eso hace que nos vean con lupa también. O sea, por un lado, somos el ejemplo, pero por otro lado nos miran un poco, qué es lo que está pasando. Entonces, mucho va a depender de nosotros y de lo que se haga con esta institución.

Empezará en la disertación el doctor Walter Albán Peralta, abogado, magíster en Derechos Humanos, profesor principal y exdecano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde también ha sido director de la Maestría en Derecho, Convención y Política Jurisdiccional. Es miembro del Consejo Directivo de Proética. Esta es una institución que constituye el Capítulo Peruano de Transparencia Internacional. Actualmente preside la Corte del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y pertenece a la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Lima y de Amcham. Es miembro del Grupo Nacional del Perú ante la Corte Permanente de Arbitraje con sede en La Haya.

**Walter Albán Peralta:** Muchas gracias.

Dado que se trata de un asunto ético y a título absolutamente personal, quisiera comenzar expresando mi solidaridad con las personas que integran en este momento la Junta Nacional de Justicia y el atropello del que están siendo víctimas por el Congreso de la República, por quienes conducen el Congreso de la República, porque el problema del Perú en este momento es fundamentalmente un problema ético y por eso no podía dejar de mencionarlo. Fin.

Lo que quería señalar, a partir de lo que ya se ha indicado, es que aquí abordamos la ética en los actores del arbitraje, diría yo, y la perspectiva que quisiera adoptar es la de los códigos de ética en función de estos actores. Ahora, no todos, por supuesto, pero los protagonistas centrales somos abogados y abogadas, y creo que, en este ámbito, lo cierto de la ética en el arbitraje, si bien existen particularidades que tendrían que ser señaladas y precisadas, es muy importante tener en claro que fundamentalmente se trata de ética de abogados y abogadas.

En ese sentido, uno podría, por ejemplo, con las escasas encuestas que hay al respecto, pero que se han publicado más o menos desde el 2010 en adelante, observar que el prestigio de la profesión está muy venido a menos en nuestro país. Distintas encuestas dicen que estamos siempre al final de la tabla y por lo general pegados a jueces y a políticos, y eso también hace mucho del mundo de la profesión de abogados.

¿Acaso es un problema de mala prensa? No lo creo. Todos los días estamos observando y en posibilidad de apreciar la manera en que se comportan profesionales o colegas en el Derecho y que ciertamente están actuando de manera muy reñida a simple vista con principios o reglas éticas.

Una encuesta más actual, no tanto como para llegar a estos tiempos, pero es del año 2016, fue la que publicó Datum y allí la pregunta era muy clara: ¿cuál es la profesión a su juicio más deshonesta en el Perú? Y resultó que el 62 punto y pico por ciento dijo que abogados. Esa es la profesión más deshonestas.

¿Quién estaba en segundo lugar? Los administradores con 6,3 %. Entonces vemos que en el país, claramente, si se habla de una profesión en la que no se confía es la de abogados.

Hace poco, Ipsos Global ha publicado una lista, no estoy seguro con qué criterio han escogido 28 países en todos los continentes, y en

esa relación aparece cuáles son las profesiones en las que menos se confía, o las especialidades en las que menos se confía, y aparecen los abogados, jueces y políticos en los últimos lugares de la tabla. Pero cuando ya se pregunta en estos mismos 28 países dónde están peor percibidos los abogados, el último lugar lo ocupa el Perú, que es donde peor se ve la profesión de abogados y abogadas. Y esto ya es una mirada, como les dije, global.

Ahora bien, sin embargo, se han hecho esfuerzos muy importantes para tratar de superar esta situación desde lo que toca al ejercicio profesional.

Desde el año 2007 o 2006, por lo menos, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú se inició un proceso por el cual se quiso establecer nuevos valores, reglas, pero entendiendo que esto no solo es para formar a nuestros estudiantes, sino es para incidir en la sociedad peruana, para incidir en el ejercicio de la profesión en el Perú.

Este esfuerzo lo lideró en su momento la profesora Beatriz Boza y en función de una tarea que reunió a estudios de abogados, a gerentes legales de diferentes corporaciones, por supuesto que a los propios estudiantes y profesores de la facultad, se llegó a una propuesta de un código de buenas prácticas que fue publicado el año 2011.

Yo ya no estuve en el país durante un lapso, pero cuando regresé me pude dar cuenta de que se había logrado algo que parecía muy difícil, y es que en 2012 la Junta de Decanos de Colegios de Abogados del Perú había aprobado que todos los colegios de abogados tuvieran un mismo código de ética y que había sido base para esa elaboración el código de las buenas prácticas que propuso la PUCP. Ese es un hito muy importante.

Uno segundo que quisiera señalar, pero que va en línea con lo que acabo también de mencionar, es el Registro Nacional de Abogados Sancionados por Malas Prácticas. Este registro se creó en el año 2016, a finales, en diciembre de 2016, por un decreto legislativo, el 1265, cuando era ministra de Justicia la doctora Marisol Pérez Tello. Y esto se hizo por delegación de facultades, por eso hablamos de un decreto legislativo. Pero aquí la idea fue vamos a registrar todas las faltas, todas las transgresiones éticas que pueda cometer un abogado en el Perú. Y en esto no importa quién sea la entidad sancionadora, sino que todas tienen que reportar a este registro que lo maneja un portal del Ministerio de Justicia.

Y una tercera cuestión, que me parece que es muy importante anotar, es que el Tribunal Constitucional resolviendo amparos que algunos abogados sancionados por el colegio habían planteado para decir que ya estaban siendo sancionados en el foro penal o incluso administrativamente por el Estado, y que por tanto se les aplicara la protección de *non bis in idem*, el Tribunal Constitucional de entonces dijo que no se podía impedir que haya sanciones en el colegio de abogados, porque se trataba de bienes jurídicos tutelados diferentemente y que, por tanto, la sanción disciplinaria propia de los colegios tenía que llevarse adelante, de todas maneras, en paralelo y no importaba si había otras sanciones u otros procesos a nivel jurisdiccional o administrativo.

Sobre esta base, yo quería revisar qué es lo que dice el Registro Nacional de Abogados Sancionados a la fecha, y lo que dice —a la semana pasada que es cuando lo he revisado— es que hoy día aparecen 1638 abogados sancionados por mala práctica.

Ahora bien, si ya entramos a desagregar, 1181 han sido sancionados por distintas instancias jurisdiccionales, principalmente en el Poder Judicial, también en el Tribunal Constitucional; 260 han sido sancionados por instituciones administrativas, y en este caso estaríamos incorporando también las que son sanciones de la Junta Nacional de Justicia cuando destituye jueces o fiscales, porque, en buena cuenta, esa no es

una sanción jurisdiccional propiamente; y nos reducimos de los 1638 a solo 194 sanciones aplicadas por colegios de abogados.

Y de allí la cosa es peor, porque, claro, Lima, nunca hemos sabido cuántos abogados estamos efectivamente en ejercicio en Lima, ojalá que algún día alguna directiva se encargue de hacer una actualización de esos datos que son importantes, pero Lima solo tiene 147 abogados sancionados. Y luego, La Libertad aparece con 29; Ica con 7; Arequipa con 4; y el Callao, el territorio de los Cuellos Blancos, cero.

En otras palabras, si uno revisa esto se preocupa o, mejor dicho, se podría despreocupar, quiere decir que abogados y abogadas en Perú son éticamente irreprochables, prácticamente. No habría a quién sancionar porque nada de lo que se produce debiera llamarnos la atención. Sabemos que esto no es verdad.

Entonces, y cuando revisamos, por otro lado, que de los 34 colegios de abogados solo 8 registran sanciones, y que hay una buena cantidad, que tampoco sabemos cuántos son, que ni siquiera han instalado sus órganos disciplinarios, o sea, consejo de ética y tribunal de honor, de manera que ni siquiera podrían dar pie a procesos, entonces nos damos cuenta que podríamos preguntarnos ¿y para qué existen? ¿Para qué entonces requerimos colegios de abogados si la ética está pisoteada y no están cumpliendo la función que debieran?

Ciertamente, creo que sí tiene una función que cumplir y parte de la tarea y, digamos, los proyectos que deben desarrollarse desde las propias universidades y en la PUCP estamos empeñados en que esto continúe así, es revertir esta situación.

Pero si proyectamos esta realidad al arbitraje, abogados en el arbitraje, ya sea como árbitros o como patrocinadores de causas de las partes que participan en los arbitrajes, ¿con qué nos encontramos? ¿Cuál es el registro de abogados sancionados?

Comenzando por casa, el Centro de Arbitraje de la PUCP, una persona que ha sido sancionada; la Cámara de Comercio de Lima, ha sancionado 38 veces, pero de las 38 veces 15 han sido a dos personas, entre ellas tiene las 38 y estos dos señores aparecen, claramente, involucrados en el caso Odebrecht, como para que quede claro, que si llevara un trabajo más riguroso, se podría avanzar en la dirección de revertir las malas prácticas entre abogados, y en este campo si hablamos del arbitraje.

Ahora, lamentablemente, el faro de transparencia de la Cámara de Comercio no me permite apreciar más sanciones que hasta el año 2018, o sea, de esas 38 están aplicadas desde el 2013 al 2018, parece que después todos se comenzaron a portar bien, porque ya no hay sanciones y esto, ciertamente, le baja un poco toda la potencialidad que tendría este faro.

Ahora, en Amcham no hay nadie castigado, pero entiendo que ahí han asumido que a ellos no le correspondería esto, que esto le corresponde al colegio de abogados y además participa mucho árbitro extranjero, entonces, dicen, los códigos de ética aplicables serían distintos.

En fin, es una opción que se podría explorar, pero lo cierto es que de las instituciones que me parecen más serias en arbitraje está claro que hay algo muy importante por hacer.

En el OSCE se comenzaron a aplicar sanciones del 2019 y al 2023 hay 17 procedimientos que se han llevado adelante, pero 14 de ellos han sido declarados infundados por improcedentes, solo en 3 ha habido sanciones y todas son al mismo árbitro. O sea, aquí constatamos lo mismo.

En el arbitraje estatal, el que está regulado más cerca al OSCE, la gente se porta magníficamente.

El panorama, entonces, es que, creo yo, que no podemos compartir que estos resultados reflejen la realidad.

¿La ética no ha sido afectada, acaso, en todo lo que tiene que ver con los temas que se han discutido recientemente en materia de arbitraje? Por supuesto que sí, pero algo está fallando, algo no está funcionando, y creo que esto tiene que ver con los códigos de ética, en parte, o sea hay varias razones, por supuesto, pero yo quería enfocarlo en los códigos de ética.

En casi todas las instituciones, los códigos de ética son como apéndices, como anexos que complementan los reglamentos, y mi impresión es que esto no debería ocurrir más, ya lo he venido sosteniendo hace tiempo. Hay que incorporar reglas y valores éticos a los reglamentos, y que sean más bien estos valores, estos principios, los que orienten las decisiones, pero que todo el mundo entienda que esos códigos están para cumplirse. Si yo examino el contenido de los códigos en cada caso, voy a encontrar varias limitaciones. Por ejemplo, en el nuestro, el de casa, dice que el código se aplica a todos los actores, partes, abogados de partes, árbitros, etc., pero luego, cuando habla de sanciones, solo habla de sanciones para árbitros, entonces no habría cómo aplicar sanciones a ninguna otra parte.

El código de la Cámara de Comercio, que tiene menos artículos, quince, en el caso de la PUCP, diez; en la Cámara de Comercio, no habla de sanciones, y ¿cómo se puede aplicar sanciones si no están previstas? El principio de legalidad nos obliga a eso, y también es la misma situación con Amcham.

**Ana Teresa Revilla:** Un aplauso para el doctor Albán.

Le damos la palabra a la doctora Roxana Jiménez, ella es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tiene una maestría en Derecho Civil culminada en esta misma universidad, doctorado en Derecho culminado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es árbitra nacional e internacional, integrante de la lista de árbitros del Centro de la PUCP, de la Cámara de Comercio de Lima, de Amcham, así

como de otros centros de arbitraje. Ha sido jueza superior titular en la Corte Superior de Justicia de Lima y es docente de Derecho Civil y Arbitraje en la Universidad de Lima, y de Arbitraje en el Diplomado de Arbitraje de la UPC.

**Roxana Jiménez:** Muchas gracias por esta invitación a integrar esta mesa con profesionales tan destacados en este Congreso, que ya es una tradición en el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Antes de empezar a abordar el aspecto que yo tengo que abordar esta tarde, quiero hacer un breve comentario respecto de lo que Walter ha mencionado.

Sí, pues, desalienta muchas veces cuando vemos los resultados de las investigaciones, de los procedimientos, ya sea administrativos, judiciales, donde se ve la impunidad y se refleja en las cifras que nos ha relatado, y creo que hay dos grandes razones, entre otras, las principales. Una, que la gran corrupción no deja mucha huella, es decir, los verdaderos corruptos hacen las cosas planificadamente y, por lo tanto, es más difícil encontrarlos, encontrar las pruebas que conduzcan al resultado al que se debería llegar. Generalmente, las sanciones llegan a las infracciones menores. Eso lo he visto tanto, por ejemplo, en el Poder Judicial. Yo integré la OCMA un tiempo y, ciertamente, se encontraban los casos menores, la corrupción menuda, por decirlo de alguna manera, y no la gran corrupción que, como todos sabemos, queda impune en la mayor parte de los casos. Felizmente no en todos.

Y la otra razón ya es un tema de corrupción sistémica del que adolece nuestro país. No son solamente estos funcionarios específicos los corruptos y que hay que investigar, en realidad la corrupción atraviesa todo. Hay corrupción en los órganos resolutores, hay corrupción en los colegios de abogados, hay corrupción en los órganos de control y así,

entonces es más difícil, porque se generan estas redes que hacen que la impunidad campee.

No quiero ser tan deprimente hablando de estas cosas, porque, la verdad, también a lo largo de mi experiencia, la de todos, entiendo, así como vemos cosas negativas, cosas desalentadoras, también vemos cosas luminosas, conductas ejemplares, valientes, decididas, inteligentes, esforzadas, que nos refuerzan esas ganas de seguir adelante, luchando y enfrentando este tipo de temas y querer siempre hacer las cosas bien. Porque en la medida en que haya más personas así y nos conozcamos y sepamos quiénes son y tengamos ese ejemplo, es una energía adicional que recibe uno para continuar con la tarea. Yo he visto gente maravillosa en todo ámbito también.

La ética, como sabemos, tuvo su origen en la especulación sobre la vida buena y fue convertida por los griegos en una parte de su filosofía. Se parte de la premisa de que el hombre distingue el bien del mal y tiene el sentimiento de lo que debe ser, es un concepto tan básico que lo tenemos todos dentro de nosotros.

El hombre ético, así, puede escoger siempre los actos buenos para realizarse como ser humano, siempre. Nosotros tenemos siempre en nuestras manos la decisión de hacer las cosas bien.

La materia de estudio de la ética, por ello, es la conducta humana. Quiero citar los elementos que de acuerdo a alguna doctrina integran el acto ético.

- Uno, el acto debe ser consciente, reflexionado y meditado.
- Dos, el acto debe ser responsable, entendiendo por tal el que da respuesta a un deber, a una obligación a un rol propio de una actividad concreta y que después pueda dar cuenta ante sí mismo y ante los demás.

- El acto debe ser libre, esto es, debe estar liberado de pasiones, prejuicios, complejos, rencores, resentimientos y odios.
- Finalmente, el acto debe ser valioso, esto es, que en el mismo acto esté implícito y explícito un valor específico.

Este es, en términos muy generales, el contenido y lo que integra el concepto del acto ético.

Ahora, partiendo de eso, el tema de nuestra tarde, eso es, la ética, partiendo de esto, en los distintos intervinientes en el arbitraje.

Walter ha hablado de los centros en general y de los códigos de ética; yo voy a hacer mención a los árbitros, me voy a centrar en ellos. Hay otros intervinientes: están los abogados, las partes, los secretarios arbitrales, los peritos, los testigos, son muchas las personas que intervienen y todas deben comportarse éticamente para que el arbitraje camine bien.

En cuanto a la ética de los árbitros que es aplicable a los jueces, esta tiene que contener los valores más elevados del modelo de conducta de quienes deciden sobre conflictos ajenos. Independencia, imparcialidad, motivación de las decisiones, pequeño paréntesis, a menos que las partes hayan pactado, que no se motive el laudo, lo cual nadie hace, pero en la Ley de Arbitraje se establece esa posibilidad para el arbitraje comercial.

Integridad y transparencia. Esto se ve necesariamente, además, complementado con el sentido de responsabilidad, esfuerzo, dedicación, capacitación continua y especialización en el caso de los árbitros.

El árbitro debe ser honesto e imparcial. Esto conlleva a ser honesto en cuanto a sus capacidades y conocimientos, porque va a estar aceptando un encargo respecto del cual él tiene que estar a la altura. Por ello podemos mencionar que una persona que acepta un encargo respecto al cual no está capacitada no es adecuado, no es honesto, no es un acto

ético, porque no encaja en ese deber ser, porque las partes van a confiar una decisión meditada, pensada, reflexiva y conocedora de la materia, están confiando en que va a comportarse de esa manera, más allá de si el resultado finalmente agrade o no a las partes, pero se está confiando en eso, por lo tanto, es parte también de este deber ser esa honestidad al momento de aceptar los encargos.

En todo evento hay una frase que es casi un eslogan que dice: «El arbitraje vale lo que valen los árbitros», siempre escuchamos eso y es cierto. Igual que el proceso judicial vale lo que valen los jueces, el arbitraje vale lo que valen los árbitros.

El árbitro es la figura central de un arbitraje, por eso es que debe conocer la materia que le encomiendan y debe ser un experto en ella, y por supuesto, de ser imparcial y tener todas esas otras condiciones.

Esto me ha hecho recordar una frase de Gonzales Prada, en su conocido texto «Nuestros magistrados», que es aplicable a árbitros, por supuesto. Dice: «Las leyes, por muy claras y sencillas que nos parezcan, entrañan oscuridad y complicaciones suficientes para servir al hombre honrado y al bribón. ¿Quién sabe, más al bribón que al honrado? Mas suponiendo que ellas fuesen dechados de justicia y equidad, ¿qué valen leyes buenas con jueces malos? Que un Marco Aurelio nos juzgue por un código draconiano, que ningún Judas nos aplique las leyes del Cristo». Y eso es cierto, ¿no? Es el conocimiento de la materia, es la honestidad, es la capacidad de integrar el sistema jurídico y no ser excesivamente formalista, ritualista, todo eso es lo que hace que un árbitro no sea el árbitro adecuado. Hay otros elementos indispensables para ejercer la función, de acuerdo al deber ser de la ética.

El árbitro debe tener en claro la enorme importancia y responsabilidad de su función y asumirla también con entereza y valentía. De poca

utilidad puede ser que un árbitro posea todo lo que hemos dicho, inteligencia, cultura, perspectiva y solidez argumentativa si carece de la entereza, decisión y firmeza necesarias.

Les hago una pequeña digresión relativa a esto. Recuerdo cuando estaba en la judicatura, alguna vez, pensando sobre las funciones de los jueces y la ética, llegué a la conclusión de que algunos jueces habían decidido no decidir, y lo que define a un juez son sus cualidades, esas son las cualidades inherentes a la función, pero lo que define su función en sí es decidir.

Entonces, ¿qué puede uno pensar de un juez que decide no decidir? Y me refería en ese tiempo, en ese ámbito, me refería a los jueces de primera instancia que declaran por gusto improcedentes de las demandas, ¿no?, que piden requisitos imposibles, dan tres días y nadie los cumple, entonces los rechazan, a los jueces de segunda instancia que anulan las sentencias por cualquier pretexto, todo porque no quieren decidir, por la razón que fuere, porque no tienen tiempo, no tienen ganas, la materia es muy difícil, la parte le da miedo, hay abogados feroces y que pueden inspirar un poco de temor. Y entonces no quieren tener ese problema o a veces son razones peores, que ya podríamos pensar en corrupción o en contubernios, ¿no?

Eso les puede pasar a los árbitros, pero no porque rechacen un caso, porque es cada cual, en su ámbito, sino que, teniendo el caso, deciden aplicar fórmulas forzadas, ritualistas, estrechas y no entrar a resolver con base, un par de criterios procesales y un par de formalidades y se salen del problema y no abarcan, no enfrentan la materia compleja en la evaluación de las pruebas que deben evaluar. Eso es decidir no decidir como realmente debe ser, no analizar el problema como debería.

Quería también mencionar rápidamente un listado breve de algunas conductas —felizmente que no son generalizadas, sino que ocurren de vez en cuando— que es bueno tenerlas en cuenta, que se ven en algunos

árbitros y que considero que todos podríamos considerar que son malas prácticas. Por ejemplo, el árbitro que no contesta nunca los correos y hace que se demore y se demore; el árbitro que, por lo mismo que no contesta a los correos, no se puede programar la audiencia, y cuando contesta ya estás a un día de la fecha que todos los demás habían podido, entonces se tiene que reprogramar; el árbitro —esto sí es terrible—, que se evidencia que está en comunicación continua con la parte que lo ha designado, eso a veces se nota, ¿no? y no es que estoy diciendo que traten de que no se note, no debe hacerse, sino que a veces se ve, ¿no?, se ve, se percibe, porque se está deliberando cualquier tema y después, mágicamente, más tarde o al día siguiente, temprano, la parte que lo designó está presentando un escrito que justo contiene algo relacionado, y así hay una serie de esas prácticas.

El árbitro que se manda el laudo con toda la anticipación del caso, por diversas razones, puede ser, a veces que no tenga tiempo, pero, bueno, a veces se nota un poco que lo que está haciendo es empujar al borde del plazo. ¿Por qué razón? Me imagino en algunos casos será que está esperando a que venza el plazo, lograr que venza el plazo y la parte diga ya no quiero el laudo y entonces se cayó el arbitraje.

**Ana Teresa Revilla:** Damos el uso de la palabra a la doctora Rocío Molina Escaró, quien es abogada y colegiada en Derecho y Ciencias Políticas por la Pontificia Universidad Católica del Perú, egresada en la maestría en Derecho de la Empresa por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, especialista en arbitrajes y contrataciones con el Estado y experiencia en Derecho Administrativo, gestión pública y políticas públicas. Actualmente, se desempeña como subdirectora en la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales y subdirectora encargada de la Subdirección del Registro, Acreditación y Monitoreo Arbitral del OSCE.

**Rocío Molina Escaró:** Buenas noches con todos.

Muchas gracias al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP por esta invitación y la oportunidad de compartir esta mesa con destacados profesionales y árbitros, participar en este XVII Congreso de Arbitraje, me parece que es una palestra muy importante para compartir ciertas reflexiones acerca de la ética, no solamente en el arbitraje, sino también desde una mirada en la función pública.

Entonces, en esta oportunidad y en representación del OSCE, me gustaría abordarla desde ambos extremos. Desde la función pública, preguntarnos en los arbitrajes con el Estado qué está en juego: está en juego el interés público, las expectativas de todos los peruanos.

¿Cómo siquiera podemos aproximarnos a cumplir estas expectativas? Y lo primero es para la consecución de los objetivos que queremos lograr, fortalecer la ética pública. ¿Y qué es la ética pública? La ética pública es el desempeño que tenemos todos los funcionarios públicos basado en la observancia de principios, valores, deberes éticos que garanticen el profesionalismo y la eficacia de nuestras gestiones para que esto se refleje en una correcta, debida y oportuna atención a la ciudadanía, optimizando y priorizando el uso de los recursos públicos.

¿Cómo podemos conseguir estos resultados? Para contribuir con esta gestión y podamos hablar de una adecuada gestión pública, el OSCE cuenta con mecanismos internos, herramientas para generar una cultura respecto a lo que vendría a ser el riesgo del soborno que tanto ha mellado y mermado en estas gestiones. ¿A través de qué? De políticas antisoborno, a través de charlas, capacitaciones para crear conciencia, se cuenta también con un ISO antisoborno desde el año 2019, auditorías internas e incluso canales de denuncias ante los posibles casos de soborno, para evitar la corrupción, y la corrupción que se da en distintos niveles y en distintas etapas, no solamente entre funcionarios públicos, sino también entre agentes privados, porque, como se sabe, para existir corrupción tiene que haber alguien que corrompa y alguien que acepte ser corrompido.

No hay nada más opuesto a la ética que la corrupción. Son dos figuras que han existido en la humanidad. Personalmente, pienso que siendo la ética algo tan subjetivo e intrínseco, cada persona va a actuar desde su propia visión, desde sus propios principios, valores, por eso es necesario, como decía el doctor Albán, recoger reglas, normas para que se puedan orientar respecto de cómo nos debemos comportar, qué comportamientos se deben evitar y qué sanciones, en todo caso, qué consecuencias habría en situaciones donde nos alejemos de esta línea de conducta, donde no nos estemos comportando de acuerdo a lo que se está preceptuando.

No debemos perder la fe, aunque en estos tiempos a veces resulta un poco complicado, en que sí se puede sacar adelante la labor que venimos desarrollando de forma transparente, de forma objetiva, de forma ética e imparcial, y no debemos ni podemos doblegarnos porque cumplimos una doble función como funcionarios públicos, aunque a veces esto conlleve a estar expuestos a que mancillen nuestra honra o incluso a que nos calumnien por querer hacer las cosas bien, porque chocamos con intereses personales, camuflados detrás de personas aparentemente correctas, para lograr las tareas que se nos han encomendado dentro de nuestras funciones. Si ese es el precio que tenemos que pagar, pues así tendrá que ser.

Mientras tanto, desde nuestra esquina, desde nuestra trinchera, vamos a seguir trabajando de la mejor manera, aportando, trabajando objetivamente y demostrándonos con transparencia, con imparcialidad, que sí se puede, de la forma correcta, sacar adelante una gestión. Y eso se evidencia en el respaldo que recibimos de nuestras autoridades, también en el ejercicio de nuestra función pública.

Hay que destacar que la ética no es, a mi modo de ver, una teoría para contemplar el mundo, sino una guía para la vida, en relación con los seres que nos rodean. La ética es acción, es determinación, es responsabilidad.

El saber cómo actuar no conduce necesariamente a actuar y eso no se transforma en ética. Yo puedo saber, por ejemplo, qué pide Dios de mí, pero si no actúo conforme a eso, no va a servir nada más que para condenarme, entonces, yo no soy lo que digo ser, sino lo que demuestro todos los días con mis acciones.

Nuestros valores y principios van a determinar quiénes somos como personas y cuál es nuestra conducta. Ahora bien, en cuanto al arbitraje propiamente, sabemos que la confianza es la clave para el subsistema de este sistema de resolución de controversias. Más concretamente la confianza en los árbitros, que van a tomar las decisiones que tienen que ser luego dentro de un proceso verdaderamente justas y éticas. Y que no basta con que sean profesionales altamente capacitados o especialistas en alguna materia, porque la justicia va mucho más allá de la legalidad.

El buen árbitro es el que impone sus valores éticos en la conciencia de que lo que está haciendo va a comprometer su prestigio y que su futura actuación va a verse favorecida por una conducta conforme a su criterio, más allá de que se vea pegado a las exigencias de un caso concreto.

Por esta razón, las normas deben estar establecidas, deben ser reguladas, y adquieren una importancia especial tratándose de la labor que desarrollan los árbitros.

Por eso, considero que resulta de gran utilidad tener un código que pueda reunir todas estas reglas, todos estos deberes éticos que deben observar los árbitros, supuestos de infracción, y cuando correspondan las sanciones respectivas hacia estos supuestos de infracción, para tener un marco de valores y conductas deseables, porque en algunos casos no debemos alejarnos de ellos ni tampoco decir, bueno, yo no sabía. Siendo que es algo tan subjetivo, no ampararse después en que no había una regulación al respecto.

En esa línea, el OSCE ha propagado un código de ética para el arbitraje en contrataciones del Estado, el cual resulta de aplicación para los arbitrajes que administra el OSCE, arbitrajes *ad hoc* y arbitrajes de otras instituciones arbitrales que no teniendo un código de ética, o quizás sí teniéndolo, no contemplan las infracciones o las sanciones que se necesita considerar.

Pero el deber ético no corresponde solamente al árbitro, sino a todas las partes involucradas en un proceso. De nada nos sirve tener un excelente tribunal arbitral si las partes que también componen este proceso están tirando piedras en el camino.

Y prueba de esto es que existen situaciones como, por ejemplo, las anulaciones de laudo, que a veces sin mayor sustento se solicitan, o también otra práctica recurrente son las recusaciones a los árbitros que se persiguen como una maniobra más que nada dilatoria del proceso y para obtener ciertas ventajas. Pueden llamarse maliciosas, porque aducen que hay conflictos de intereses y en realidad no hay mayor justificación.

Los abogados deberían conducir de forma honrosa el proceso, no solamente los abogados, sino todos los que forman el arbitraje: las partes, peritos, expertos, secretarios arbitrales y demás personas, para que todo pueda salir adelante.

Cierro con una idea final, que es necesario contar con normas de conducta claras, basadas en la ética. Pero el avance no solamente dependerá de las normas, sino de quiénes las aplican y cómo las aplican, porque si no tenemos personas que sean capaces de ejecutar esas normas, entonces va a caer en saco roto todo lo que se pueda estar haciendo al respecto.

Muchas gracias.

**Ana Teresa Revilla:** Quisiera hacer una pregunta a la doctora Rocío Molina. Por la experiencia que tenemos en la Corte de Arbitraje en la PUCP, estamos viendo una cantidad de recusaciones que nos parece infame, la cantidad de tiempo que se pierde para resolver el conflicto es realmente impresionante.

Entonces, queríamos saber si en la plataforma del Seace se podría establecer, por ejemplo, parte de los requisitos que se establecen en el código de ética para los laudos que se tendrían que registrar, que se vaya poniendo una especie de historial de los árbitros, además de que se registre el laudo en el Seace, se registre también, para que no tengan que hacer deberes de revelación, porque muchas veces los árbitros se olvidan. Y si eso ya está en el sistema, entonces ya no tendrían ese problema adicional.

Y la otra pregunta. Por ejemplo, tenemos que se registra los consorcios, pero no se registra las empresas y a veces es muy importante hacer un monitoreo de qué empresas, a través del RUC de la empresa, están actuando de mala fe en determinados procesos, que es una recurrente y se pueden trazar líneas de riesgo. No sé si eso sería posible, doctora Rocío.

**Rocío Molina Escaró:** Gracias por la pregunta.

Concuerdo contigo totalmente con el tema de las recusaciones. Es bastante grande el volumen que se está manejando actualmente de recusaciones y coincido en que sería importante tener en la plataforma del Seace la posibilidad de poner y recibir estas declaraciones de parte de los árbitros, de forma que pueda evitar adelantarse al deber de revelación y con esto podamos reducir, digamos, el volumen que existe actualmente en las recusaciones, porque ahí ya estaría la información.

No podría confirmarte si esto es ahorita algo que esté contemplado. Sé que se está manejando una reforma, una modificación importante en

la plataforma, pero no estoy segura. De todas maneras, yo recojo esta pregunta, sugerencia, comentario, la trasladaré y considero que sí sería beneficioso para la gestión en general.

Y con respecto a la posibilidad de poner las empresas que conforman los consorcios para que no solamente se registre el número del consorcio, eso también es algo que me parece que sí se está manejando, porque también al momento de requerir la información internamente a veces cuando se trata de consorcios no podemos obtener, tenemos la información, digamos, triplicada.

No podemos llegar a saber exactamente la información que queremos por cada una de las partes, entonces tenemos que pedir una más profunda revisión de toda la información que está en el sistema, y a veces es tanta que resulta multiplicada la tarea.

Pero sí me parecen sugerencias para ser transmitidas y evaluadas.

**Ana Teresa Revilla:** Muchas gracias.

Doctora Roxana Jiménez, muy interesantes esas experiencias que usted está mencionando, le rogaría que pueda continuar mencionándolas.

**Roxana Jiménez:** Muchas gracias.

Sobre esto de las recusaciones frívolas, un pequeño paréntesis, me hace recordar también al Poder Judicial, estas malas prácticas de algunos abogados que invaden a los jueces, los llenan de quejas y denuncias, y la típica denuncia ante la fiscalía de control interno, que nosotros conocíamos como el cóndor, prevarica sobre el uso de autoridad cada vez que no te gustaba la decisión, la sentencia.

Y estas malas prácticas, que son tan intensas en el Poder Judicial, han ido replicando, porque yo empecé en el mundo arbitral en el 2014 y al principio no era tanto.

Yo percibo que es cada vez más, siento que se está trasladando con cada vez mayor intensidad estas malas prácticas al arbitraje. Y sí, pues, a través de estos recursos, las recusaciones frívolas, estos recursos de anulación, que no tienen sentido, que incluso utilizan un lenguaje agravante, las denuncias maliciosas también. En los últimos dos años están de pronto habiendo muchas denuncias penales, abocamiento indebido, porque no le declaraste infundada una litispendencia, cosas delirantes.

Y los amparos también. Ejercer un derecho que se tiene está muy bien. La recusación es un derecho y es más necesaria cuando corresponde, porque ese es el control a través de la recusación que tiene una parte para contrarrestar este mecanismo que hay en el arbitraje que es que cada parte elija a un árbitro, y entonces deben ser imparciales, pero a veces podría no serlo o podría no tener la apariencia de serlo, y para eso existe ese mecanismo.

Es un mecanismo de control que bien usado es correcto, pero el ejercicio abusivo de un derecho distorsiona, desnaturaliza, tergiversa, tuerce el derecho, llega a causar recusaciones maliciosas y se va obteniendo resultados contrarios a los que se esperan, se comienza a ralentizar el arbitraje, los árbitros tienen que contestar estas recusaciones, hay que esperar que les pidan reportes a los consejos, si recusan a todo el tribunal por las mismas cosas hay que parar y todo eso demora, y sí es frívolo, es indignante que se afecte, que se vulnere toda la ventaja que conlleva el proceso arbitral.

Los jueces tienen una carga oculta de todas estas quejas que reciben, que eso es parte de los motivos por los cuales son lentos y eso no se ve, uno solo ve la otra cara.

Solo para acabar, un par de los otros ejemplos que estaba diciendo entre las malas prácticas, que podríamos ver desde el otro punto de vista para ser más positivos.

Las buenas prácticas, que son las prácticas éticas, que revele bien, que revele todo lo que debe revelar, porque todo el mundo sabe que la imparcialidad en un árbitro no es solo un ser, sino es un parecer, porque hay que inspirar confianza en las partes.

Las partes tienen que estar tranquilas y seguras de que este árbitro, estos árbitros, este tribunal se van a comportar como corresponde y no estar con ese sobresalto, con esa ansiedad, con esa inquietud, de que no saben qué cosa va a pasar por esa razón. Y entonces una revelación adecuada y continua es muy importante y también mantener la imparcialidad.

Un árbitro, alguna vez dije, un juez, alguien que decide se tiene que desdoblarse, una suerte de ser bipolar. ¿Por qué? Porque uno, como persona, no está exento de sentimientos, de sentirse indignado cuando uno le insulta, de estar contento, también, de apreciar mucho a determinados abogados o partes que se portan muy bien, que son muy profesionales, muy educadas, y entonces uno siente una buena interacción. Entonces uno, como persona, puede sentir muchas cosas, pero eso es como persona. Como árbitro, como juez, uno tiene que ser neutral, y entonces es un ejercicio de aprender a desdoblarse y decir estoy con mi sombrero de juez, trato de no sentir las sensaciones, las emociones las dejo a un costado, las guardo y se puede, y ya como persona veré, me lo cruzo en la calle y si me cae muy mal no lo saludo en la calle, pero acá, en el proceso arbitral, en el arbitraje lo trato bien, lo trato igual y la decisión que haya que tomar se tiene que tomar contra viento y marea, y uno debe luchar contra los propios sesgos, porque la imparcialidad es eso, es vencer las propias emociones que tiene adentro todo ser humano, eso es parte muy importante.

Entonces, el ser ético es también realizar esos ejercicios. Así como uno ejercita el cuerpo, uno ejercita el alma, para este tipo de actividad, también.

Gracias.

**Ana Teresa Revilla:** Gracias, doctora Roxana Jiménez.

Terminamos con el doctor Albán. Quería comentarle que en el año 2000 hice una investigación para el Instituto Apoyo y fui al Colegio de Abogados de Lima para averiguar cuántos abogados habían sido sancionados, ninguno en el año 2000, o sea, que tengamos 194 por el Colegio de Abogados ahora ya es algo, pero nos falta mucho, ¿no?

**Walter Albán Peralta:** Quisiera señalar que hay una tarea que realizar en casa, en cada institución, la de fusionar reglamentos con códigos de ética para que eso funcione de verdad.

Hay mucho más que se podría hacer si estas instituciones serias, y yo convoco en primer lugar a la Cámara de Comercio y Amcham, trabajáramos con el OSCE, como hemos escuchado ahora.

Hay una enorme experiencia acumulada, incluso el conocimiento de lo que son las malas prácticas que habría que erradicar. ¿Quién define las políticas públicas en este caso? ¿En el MEF? ¿Peor aún la comisión del Congreso? ¡Por Dios!

Yo creo que si trabajáramos articuladamente podríamos estar no solamente cumpliendo, ya en este caso digo las instituciones, un buen servicio, sino dando la pauta y promoviendo normas que tengan estos contenidos, que tengan estas perspectivas y que puedan superar los problemas que ahora advertimos.

Si pudiéramos trabajar articuladamente hace rato que habríamos desaparecido el Registro Nacional de Árbitros, por ejemplo, que es una pésima práctica, pero institucional o al mismo tiempo habríamos erradicado tanta institución trucha, porque hay cantidad de instituciones que se han creado últimamente que no tienen el mínimo de garantías, ahí se está haciendo cualquier cosa y el Ministerio de Justicia las anota en un registro, en el Renace.

En fin, creo que hay que poner un poquito de rigor en este asunto y se necesitaría entonces que pudiéramos trabajar más articuladamente. Por supuesto que se pueden sumar otras instituciones que también son serias, no las conozco todas, pero ahí habría cosas para hacer en común, reglas éticas y procedimientos disciplinarios compartidos, órganos que podrían encargarse exclusivamente de la disciplina ética arbitral, que podrían ser colegiados, en los cuales cada institución que forma parte de este acuerdo podría estar designando a alguien, no tendría que haber uno propio en cada entidad.

En fin, hay varias cosas. Por ejemplo, la práctica pro bono en el arbitraje, que tendría enorme efecto en aquello que estaba planteado hace mucho tiempo del arbitraje popular y que podría basarse en esa dirección, bases de datos compartidas y trabajar con los colegios de abogados, porque también habría la posibilidad de hacer que esos colegios funcionen mejor.

El colegio de abogados tiene solo un código de ética que tiene que aplicar, entonces ahí no hay el problema de tener que fusionar reglas, pero hay que hacer que se apliquen.

Una reflexión final. El año 2001, la profesora Beatriz Boza publicó un artículo muy interesante en un libro de homenaje al doctor Jorge Avendaño y allí señalaba el caso de Clifford Chance, un estudio que era en ese momento el más grande a nivel global en Nueva York y que se

había conmocionado por el hecho de que algunas encuestas que se habían dado a conocer establecieron que había una enorme desazón y disgusto en los abogados de menor rango, los asociados.

Y todo esto llevó a que se fuera investigando más y encontraron que el gran problema que casi le cuesta su cartera de clientes a este estudio fue ético, que les exigían de tal manera el registrar horas de trabajo que tenían que verse forzados estos abogados a tener que sobrefacturar y esto les generó problemas con los clientes, etc.

Desde aquel momento quedó marcado e incorporado, por lo menos a los más grandes estudios en el mundo, que el tener un componente ético muy fuerte en su conducta, en su actuación, es una garantía de que van a desarrollar el trabajo que pueden ofrecer de calidad, conocimiento y competencias.

Creo que eso es algo que deberíamos aspirar a instalar en el país, porque efectivamente esto se ha descuidado mucho, y creo que en el arbitraje es donde más hemos podido ver que hay una serie de riesgos para poderlo tirar atrás. Yo creo que es una excelente opción el que se haya planteado el hecho de que puedan traerse al arbitraje todos los conflictos que hoy día, o las controversias que hoy día se conocen.

Pero entre los riesgos más fuertes que tiene esta institución en el país está sin duda el de la corrupción y la falta de ética, por eso es que tenemos un reto enorme de cumplir.

Gracias.

**PRESENTACIÓN DEL VOLUMEN 114 DE LA *BIBLIOTECA DE ARBITRAJE* DEL ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE:  
*LIBRO HOMENAJE AL DOCTOR CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA***

**Presentador:** A continuación, cedo la palabra a la doctora Marlene Anchante, directora del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

**Marlene Anchante:** Muchas gracias.

Señor rector doctor Carlos Garatea Grau, doctor Mario Castillo Freyre, doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla, participantes del Congreso, amigos y familiares del doctor César Guzmán-Barrón.

Es un honor participar en la presentación del volumen 114 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre, que ha sido titulado *Libro homenaje al doctor César Guzmán-Barrón*, coordinado por Karina Ulloa y Oswaldo Alvarado Grande.

El Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP auspició por primera vez un volumen de esta *Biblioteca de Arbitraje* en el año 2007. A partir de ese momento hemos auspiciado diecisiete volúmenes, cuyos contenidos han estado relacionados con los servicios que brinda nuestro centro.

La *Biblioteca de Arbitraje* también ha publicado volúmenes transcribiendo las ponencias realizadas en los congresos anuales, como el que estamos participando durante estos días, lo que representa no solo el esfuerzo del doctor Mario Castillo Freyre para difundir el mecanismo

del arbitraje, sino una grandiosa contribución para dejar huella de lo debatido en los distintos programas de nuestros congresos anuales de arbitraje.

La presentación del libro que nos congrega hoy tiene un especial significado, porque es el escrito para homenajear a César Guzmán-Barrón, el primer director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

El libro es el fruto de la contribución de más de treinta profesionales que generosamente han dedicado su tiempo para escribir sobre alguna de las dos grandes temáticas en las que se ha desarrollado profesionalmente el doctor Guzmán-Barrón, comercio exterior y mecanismos alternativos de resolución de controversias.

El Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP se suma entonces al homenaje de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre en el contexto de nuestro congreso internacional de arbitraje, que fue iniciado precisamente por los doctores Guzmán-Barrón y Castillo Freyre con el objetivo de promover el arbitraje en el Perú.

En lo personal, quisiera expresar mi agradecimiento público al doctor Guzmán-Barrón por haberme convocado a formar parte de su equipo que inició en el Centro de Conciliación Extrajudicial de la PUCP en el año 1999. He tenido el privilegio de trabajar con él por diecisiete años, lo que me permitió ser testigo de su liderazgo visionario para lograr que nuestro centro brinde servicios como arbitraje, conciliación extrajudicial, recientemente las juntas resolución de disputas, entre otros mecanismos.

El doctor Guzmán-Barrón ha contribuido decididamente a construir una cultura de paz y diálogo que necesita nuestro país a partir de promover incansablemente los mecanismos alternativos de resolución de controversias.

Y en el mundo interno de nuestro centro inspiró una visión que se mantiene apostando por el diálogo, la ética, la participación y la esperanza de que es posible transformar conflictos en oportunidades en nuestro Perú.

Termino mi intervención señalando que la diversidad de temas que se han inscrito en este volumen 114 de la *Biblioteca de Arbitraje* refleja también la diversidad de intereses profesionales que el doctor César tiene, y ha tenido, todo su esfuerzo por promover los mecanismos alternativos de solución de controversias, complementado indudablemente por su liderazgo ético.

Muchas gracias.

**Presentador:** Invitamos al doctor Mario Castillo Freyre.

**Mario Castillo Freyre:** Señor doctor Carlos Garatea Grau, rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú; señores exrectores de nuestra casa de estudios; señor doctor César Guzmán-Barrón, exdirector del Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la PUCP; señora directora; señor presidente; señores miembros de la Corte de Arbitraje de la PUCP; señora directora de arbitraje; señores profesores; amigos y amigas.

Es una ocasión muy especial porque estamos rindiendo homenaje a don César Guzmán-Barrón Sobrevilla, profesor principal de nuestra casa de estudios y ex director fundador de CARC PUCP.

Conocí a César a mediados de los ochenta, cuando fui su alumno en el curso Derecho del Comercio Internacional, que dictó a tantas promociones y en el que nos presentaba un panorama muy distinto e interesante de la contratación y sus alcances.

Dejé de verlo varios años, hasta que nos reencontramos con la actividad arbitral. Y en el 2007 dimos nacimiento al Congreso Internacional de Arbitraje del centro, el mismo que invariablemente se ha venido desarrollando desde ese año, siendo el evento de arbitraje más antiguo del Perú.

César es un hombre de bien, cuyos esfuerzos siempre han estado dirigidos a la comunidad, empezando por la cátedra y luego como director de nuestro centro de arbitraje.

Durante todos los años en que César dirigió el centro, renunció voluntariamente a ser árbitro, para que nadie pudiera pensar que, a pesar de que la ley y los reglamentos no se lo impedían, él usaría su posición para beneficio personal.

Esa renuncia permitió, precisamente, que el centro prosperara como lo hizo, empezando desde cero y llegando a ser, junto con el de la también muy respetada Cámara de Comercio de Lima, uno de los dos centros de arbitraje más importantes del Perú. Pero, además, César siempre ha llevado a la práctica su fe católica y su respeto por la vida desde la concepción del ser humano, como en realidad corresponde a todo profesor de una universidad católica como la nuestra.

Es un alma buena, cuya solidaridad he tenido desde cuando nació mi hijo y en otros momentos muy difíciles.

Además, César y CARC PUCP son pioneros no solo en lo que respecta a la difusión del arbitraje, sino de las juntas de resolución de disputas. Y, por si fuera poco, César ha impreso en todos aquellos que trabajaron con él ese sello de excelencia, de perseverancia, de independencia, ya que Marlene Anchante, hoy directora del centro, los miembros de la Corte del Arbitraje, Silvia Rodríguez, directora de arbitraje y todos sus colaboradores continúan por el camino trazado por él.

Hace dos años, Karina Ulloa Zegarra, reconocida secretaria arbitral de CARC PUCP, me transmitió la idea que había venido conversando con Oswaldo Alvarado Grande, discípulo del doctor Guzmán-Barrón en Derecho del Comercio Internacional, en el sentido de promover la publicación de una obra en su homenaje y que ella integrara nuestra colección.

Hablaron con decenas de personas que se comprometieron a escribir, de modo tal que hoy tenemos un libro que reúne trabajos de 31 profesores y abogados sobre arbitraje, y 7 referidos a Derecho del Comercio Internacional, además de unas muy cariñosas palabras de Cecilia, hija de César.

Como todos los números de la *Biblioteca*, este libro no solo está publicado en formato papel, sino también de manera virtual, pues su versión electrónica será puesta a disposición de nuestros lectores, quienes acceden a ella de modo libre y gratuito.

Siempre hemos creído que la difusión del conocimiento debe hacerse de la manera más fluida posible, sobre todo en un mundo que lo necesita y en áreas como son el arbitraje y materias afines, en las cuales lo que debe primar es la camaradería, la cordialidad y la generosidad profesional.

También debo decir que junto con el 114, acabamos de publicar el volumen 113, en el que aparecen las ponencias del Congreso de la PUCP del año 2022.

Quiero, asimismo, agradecer a nuestra querida universidad por haber tenido la iniciativa de realizar la presentación en el marco del Congreso de Arbitraje de la PUCP de este año, inmejorable ocasión para rendir homenaje a César en el inmueble donde nos encontramos, que constituye prueba palpable de progreso de nuestra institución forjado a lo largo de más de un siglo de compromiso con el Perú.

En los primeros años, el padre Jorge Dintilhac, rector de la universidad, desde su fundación en 1917 hasta su muerte en 1947, tuvo que enfrentar serísimos problemas para cumplir con las obligaciones de la universidad. Y él siempre tenía una frase que repetía en cada una de estas ocasiones: «Dios proveerá». Esa fe, también presente en sus ulteriores autoridades, profesores y alumnos, es la que ha hecho que nuestra casa de estudios se convierta en el referente que es en nuestro país.

Quiero resaltar, por último, la presencia en este acto de los señores rectores, profesores principales, profesores ordinarios y profesores contratados de la universidad que nos acompañan, y especialmente de nuestro señor rector, el doctor Carlos Garatea Grau, cuya permanente cercanía con los alumnos, profesores y autoridades es infinitamente valorada por todos nosotros.

Muchas gracias.

**Presentador:** A continuación, invitamos al señor rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el doctor Carlos Garatea Grau, a quien recibimos con fuertes palmas.

**Carlos Garatea Grau:** Estimado ingeniero Guzmán-Barrón, exrector de la universidad, estimado César; estimados amigos, buenas noches.

Pensaba en esta frase, me ha dejado pensando en eso de que Dios proveerá, creo que es casi la frase diaria en la que uno piensa en la gestión de la universidad. Ojalá que Dios provea algo hoy, porque eso de que cada uno llega con un pan bajo el brazo ya se ha demostrado que no funciona.

Quiero decir que estoy muy contento de participar en la presentación de este libro en homenaje a César. Recibí el libro ayer y cuando lo

vi lo primero que pensé, al ver el volumen, fue algo así como los abogados todavía siguen escribiendo mucho, es una de las pocas carreras en que todavía se sigue escribiendo así por toneladas y, además, impreso.

Pero lo segundo que fue muy bonito, fue que a la hora que tomé el libro, lo primero que me dio mucho gusto es encontrar una diversidad de temas, una diversidad de títulos, gente de distintas orientaciones, con distintas biografías profesionales y que estaban alrededor de un aprecio, de un respeto, de un reconocimiento al doctor César Guzmán-Barrón. Esa es una cosa bonita para un profesor, para el que está dedicado a la vida profesional, que de pronto la invitación a participar en un libro tenga esa acogida. Y que esa acogida, además, se plasme en un libro.

No me han contado cuánto tiempo se han demorado en recopilar todos los materiales, pero sea cual sea el tiempo, el hecho de que uno disponga de su tiempo, le robe espacio al ejercicio profesional para escribir unas líneas pensando en que son en homenaje a otra persona me parece algo muy bonito y es un reconocimiento que dice mucho de lo que no está puesto en el papel. Es una cosa que uno sabe y se calla, y creo que ese es el ámbito del respeto de los afectos que merece alguien como el doctor César Guzmán-Barrón, que está en este volumen pesado, pero contundente.

Lo segundo que quería comentar es que, lo he adelantado un poco antes de empezar, con el doctor Ferrero y con Mario, es la apuesta privada por mantener una conexión que colabore con la teoría y con el desarrollo del Derecho. Eso me parece hoy día, también en el Perú, un milagro —y no lo digo porque Mario y yo seamos compañeros de colegio, no, no lo digo por eso, sino que lo digo porque las cosas buenas hay que reconocerlas—, ya que en el país una de las cosas que faltan es reconocer a las personas que hacen bien las cosas y los que dan de sí en beneficio de los demás. Estamos acostumbrándonos a solo hablar mal, pero hay gente que hace bien las cosas. Y creo que un ejemplo de alguien que hace bien las cosas es Mario, o el Estudio, con esta colección.

Una colección, además, que, para mi sorpresa, de mirada así de lector, sorpresa también se lo he dicho a Mario, que me llamó la atención que no he encontrado publicidad. Y dije: «¿cómo hacen para sacar esto sin publicidad?». Un volumen de este tamaño donde no hay nada. Y después me lo contaba el doctor Ferrero y me lo ha confirmado Mario que así es siempre.

Entonces, eso es una cosa positiva, es una cosa que hay que reconocer y creo que es importante. Un país que necesita de producción intelectual de calidad, que necesita promover la reflexión y que necesita promover el diálogo entre personas que piensan de maneras distintas.

Y lo último que quería comentar es que si uno junta las dos cosas, además, lo interesante es que uno encuentra que hay producción académica y un apoyo del sector privado en la raíz que no tienen por qué oponerse.

Hay una suerte de disociación entre el mundo privado empresarial versus el desarrollo de la academia, de la vida universitaria. A veces se ven con desconfianza, con temor y creo que por ignorancia recíproca. Hay algunos que se la ganan a punche, pero también hay mucha desconfianza recíproca. No sabemos qué hacen los otros, sin embargo, somos capaces de juzgar negativamente a los demás y creo que eso se ha instalado mucho.

Y, fíjense, este libro, que además es un reconocimiento a una buena vida, es también una demostración de que el ámbito del desarrollo privado en el país y la academia, cuando se unen para hacer las cosas con seriedad, con objetividad y pensando en el bien común funciona.

Y creo que esta es una buena ocasión como para renovar nuestra fe en ese aspecto y para decir que aquí lo tienen, tienen el libro homenaje a Guzmán-Barrón, que están en la PUCP, en donde todos podemos convivir, sumar esfuerzos y trabajar juntos por el país.

Eso es lo que quería decir al doctor Guzmán-Barrón, como homenaje y agradecimiento.

**Presentador:** Por último, invitamos a tomar la palabra al doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla, para quien pido fuertes palmas.

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** Buenas noches a cada uno de ustedes. Me es difícil no emocionarme. Igual quiero agradecer a Carlos, la deferencia de haber venido, a todos mis familiares y amigos aquí presentes, y a ustedes, que están esperando un congreso, y no la presentación de un señor a quien, de repente, algunos no conocen.

Yo quería, además, agradecerles particularmente a Mario y a Carlos, y, naturalmente, a quienes fueron gestores de este homenaje inmerecido, Karina Ulloa Zegarra y Oswaldo Alvarado Grande.

Cuando yo ingresé a la PUCP con la promoción de la que aquí hay uno presente, que es Eduardo, cachimbo en 1964, hace cuántos años, nunca me imaginé estar presente, recibiendo un libro en homenaje. Y con la ocasión de la decimoséptima edición del Congreso Internacional de Arbitraje que iniciamos hace precisamente diecisiete años, organizado por nuestro centro y nuestro querido amigo Mario Castillo Freyre.

Si aquí estoy, es porque mis padres, Lucho (Luis) y Alicia, nos regalaron básicamente valores, coherencia en la vida, lealtad, y permanente servicio al país, más allá de ingresos económicos. Y ahora deben estar gozando en el paraíso, por esta felicidad y puedo decirles: papás, no te defraudamos.

Y a mi querida esposa, Pili, con quien celebramos hace muy poco cincuenta años de matrimonio. Siempre me apoyó en todos los proyectos y aventuras realizadas. Y siempre creíamos, y creemos, que hacer felices a los demás, vivir con lo esencial, es lo que mejor dejamos a nuestra querida hija Cecilia. Hoy doctora en Derecho Laboral, feliz profesora

de la Facultad de Derecho, socia del Estudio DLA Piper Perú, autora de un artículo que aparece precisamente al inicio de este libro, con un título muy peculiar: «El abogado incansable» y que no está presente porque se encuentra participando en un congreso internacional representando a América Latina en Oxford, en Inglaterra, y a su esposo, su fiel y cariñoso Fabián, que la apoya en todos sus esfuerzos.

Nunca pensé que lograría ser docente en nuestra universidad desde 1971.

Cuando Jorge Solís, muy amigo de Lucho, me propuso dictar el curso de legislación para ingenieros yo acababa de salir de la universidad.

Hay varios exalumnos ingenieros que se acuerdan de las prácticas que tenían, donde tenían que aprender cómo hacer la papeleta de un obrero o cómo llenar el formulario del impuesto a la renta, porque me entregaron un curso lleno de la Constitución y todo muy pesado, y me dijeron: «puedes cambiarlo», y lo cambié.

Desde estudiante practiqué en un estudio de abogados vinculado, naturalmente, al Poder Judicial, y la verdad no me entusiasmó.

Por suerte, en cuarto año de Derecho, un profesor de Economía, Claudio Gerson, me invitó a ser asesor en la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Industria y Comercio, y comenzó mi aventura y pasión por el comercio internacional.

Terminé enseñando esta especialidad en la Asociación de Exportadores, en la Cámara de Comercio y trabajé luego en el Fondo de Promoción a las Exportaciones del Instituto de Comercio Exterior: veintitrés años para el Estado. Y adquirí una especialidad más por experiencia que por curso de posgrado.

Pensé seguir luego en el exterior, y vinieron los resultados de esta noble época a la que me van a permitir referirme muy brevemente.

Formulé, con varios profesores del Grupo Andino, el curso Derecho del Comercio Internacional, que lo propuso nuestra facultad y hoy se sigue dictando en varias universidades en otros países, formando, a su vez, una asociación de abogados de comercio internacional, y hoy varios de mis alumnos, de mis exalumnos, y hoy profesores y expertos, son autores de varios de los títulos que aparecen en este libro.

Voy a nombrar algunos: Marcos Huamán, Óscar Vásquez, Jorge Pando, etc., y con ellos y muchos más compartimos ideales y propuestas para que en nuestro país se haga uso eficiente de la ventaja que nos ofrecen los acuerdos comerciales en el marco de las organizaciones mundiales del comercio.

Participé en más de una negociación comercial internacional, representando a nuestro país e incluso, gracias a Eduardo Ferrero aquí presente, pude integrar la delegación que negoció el tratado de comercio en la organización, que fue uno de los acuerdos que dio fin al conflicto de límites con nuestro país hermano, Ecuador.

Y haciendo realidad lo que explicaba el Curso de Comercio Internacional sobre el arbitraje, pudimos con un grupo de excelentes abogados formar el primer centro de arbitraje en el Perú llamado Cearco.

Cuando dejé de trabajar para el Estado, tiempo que siempre recordaré como una fuente de conocimiento y de oportunidades para servir a nuestro país, formé con un grupo de jóvenes, algunos aquí presentes, un estudio especializado en comercio exterior. Y luego integré otro, con Carlos Cárdenas, Bruno Olcese, Loret de Mola, etc.

Un gran amigo, Guillermo Miranda, me invitó a seguir un curso de conciliación, allá por 1990 y tantos, me dijo: «Tú eres un conciliador

nato.», y creo que no le faltaba razón. Luego de que se diera la Ley de Conciliación, dictamos el primer curso de formación de conciliadores en nuestra querida universidad, y en esta nueva aventura formamos, en 1999, el centro de conciliación en nuestra universidad.

Para su constitución fue necesario que la asamblea de la universidad modificara los estatutos e incluyera dentro de sus facultades la posibilidad de que pudiera conciliar, arbitrar y utilizar otros medios de solución de conflictos.

La pregunta fue inmediatamente de varios que nos preguntaron ¿un centro en una universidad? ¿Están locos? Bueno, estamos locos. Es usual que lo sea en una Cámara de comercio, pero ¿en una universidad?

Esa fue la pregunta que nos hicieron y, por suerte, caminando por la universidad tenía que buscar a alguien que trabajara en ese espacio y me comentaron que había una señora, Marlene Anchante, que era psicóloga y que algo conocía de este tema. Nos reunimos y decidimos formar el centro.

Nos dieron la caseta que habían entregado, esas casetas que eran antiguas, a nuestro exrector, venerable y hoy día en el cielo, Felipe Mac Gregor, y aceptamos esa locura, y luego, poco a poco, se integraron algunos como Silvia Rodríguez, que ustedes saben que también es la «bruja del arbitraje».

Formamos más de mil conciliadores y centros de conciliación en provincias. Y en el 2001 lanzamos el centro de arbitraje que todos conocen y que hoy lleva más de ¿2000 casos?, ene casos.

Es conocido por muchos como un centro donde lo esencial es la ética, como se acaba de mencionar, y la objetividad. Se ha llevado más de una lucha por evitar la corrupción.

Dada mi experiencia asesoré la formación del Centro de Arbitraje de Costa Rica, y la nueva versión del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, y, además, la sección peruana en la Cámara de Comercio Internacional de nuestro país.

Desde un inicio advertimos la existencia de un alto grado de conflictividad en nuestro país, sobre todo en la actividad minera, donde era difícil hacer compatible la actividad extractiva con la agricultura. Y ahí entramos, aplicando una frase que siempre utilizaré y se acordará Marlene y mis compañeros: «Del tambo a la academia».

Organizamos y dictamos el primer curso en el Perú sobre gestión de conflictos gubernamentales y, además, dimos el servicio de análisis de conflictos y de mediación en todo el país.

Fruto de esta experiencia, nuestra universidad asumió un reto fundamental, ser la defensoría del conflicto del gas de Camisea, y como tales atendimos más de 900 casos, logrando confianza en las comunidades nativas, campesinas y de pescadores, así como las empresas del Estado, experiencia que, sin duda, en mi modesta opinión debería reflejarse en nuestro país.

Además, fuimos de los primeros en nuestra casa de estudios, no sé si lo sabe Carlos, en dictar un curso virtual sobre arbitraje, no me acuerdo en qué año. Y como ya lo mencioné, organizamos en el 2007 el congreso de arbitraje.

Y todo ello me llevó a enseñar, en nuestra facultad, el curso de arbitraje y fruto de ello es una satisfacción que en este libro hayan escrito tantos amigos sobre este tema de arbitraje. No los voy a mencionar porque nos quedaríamos sin tener el siguiente tema, que es fundamental en nuestro Congreso.

En nuestro centro nació la junta de resolución de disputas, esa fue una batalla muy difícil. Aquí está Jaime Gray y otros más que participaron en ella y fue que proyectamos el primer reglamento. Y gracias a un amigo, un amigo muy amigo de Jaime que venía a cada rato, Humberto, fue que logramos producir el primer libro de arbitraje también promovido con la anuencia de Mario Castillo Freyre. El primer libro sobre juntas de resolución de disputas en América del Sur.

Y con el paso de los años recibí una terrible noticia. Dada mi edad debería dejar de ser director de centro, ¿y ahora qué hago?

Primero, me integré a un estudio de abogados, el NPG, donde hubo personas de primer orden que me recibieron con los brazos abiertos, me ofrecieron una oficina. Fue una excelente experiencia, pero me di cuenta de que no era mi vocación ser parte de un estudio y en el centro me decían: «Doctor, ¿por qué no arbitra? Es que yo nunca he arbitrado. ¿Por qué? Porque nunca quise ser árbitro, mientras fui el director del centro por un tema de moral.

Lo que finalmente acepté, y gracias a ello es que hoy estoy llevando muchos casos de arbitraje. Hoy mismo he tenido una audiencia larguísima de 10 a 1. Y ayer tuve otra también larguísima. Las audiencias no sé por qué serán tan largas. Mejor hacemos presenciales, son más cortas.

Y gracias a la Facultad de Derecho y a las autoridades de nuestra universidad, como Carlos, aquí presente, me permiten seguir enseñando. Por cierto, mañana dicto clase de conflictos y mecanismos de solución a 42 alumnos y alumnas del pregrado, ya no como profesor principal, como mencionara, ahora me llamo profesor extraordinario.

Deseo agradecer de una forma especial, al editor Mario y a quienes hicieron realidad esta flamante publicación; y, en particular, también a Manuel y a Cecilia y a todos los que me escuchan que son del CARC

todavía, que hoy continúan con esta tarea manteniendo la ética y valores como un modelo de vida en todos sus servicios.

Cuando nos reunimos los que nos llamamos «ex CARC», siempre recordamos nuestro deber de continuar en este esfuerzo de hacer de la ética una realidad.

Y aquí quisiera hacer una mención.

Nosotros nos peleamos hasta los forros por que el arbitraje fuera institucional, para evitar toda la corrupción que había en el arbitraje. Lamentablemente, yo me quedé con las ganas de preguntar a nuestra representante del OSCE nunca se reglamentaron los requisitos para ser centro de arbitraje.

Entonces, ¿qué ha pasado hoy día? Los árbitros sinvergüenzas han formado sus centros y estamos en las mismas condiciones.

¿Por qué? Porque no se reglamentó el artículo expreso del decreto supremo que establece el reglamento de esta norma, donde se estableció que iban a fijar condiciones para ser centros de arbitraje, condiciones que sí tienen nuestros centros, que tienen algunos centros, pero hoy día hay centros chichas que han regresado a la corrupción que lamentablemente sigue existiendo en nuestro país.

Por supuesto, tengo que agradecer hoy día, de forma muy especial, a mis hermanos, a mi hermana Elsitá, a Lili, que está a su lado, a Lucho, a Boni, y a todos mis amigos presentes y familiares, a mi tío Lucho, y a todos, no voy a mencionar a todos, si no mañana terminamos.

Quienes creemos que es posible un país diferente, donde el diálogo, la confianza, la fe, sea el camino para que procurar el bien de los demás, sea lo que nos ilumine en nuestra vida.

Y a todos ustedes, particularmente, a mi querido rector, Carlos Garatea, que lo conocí en la playa, por cierto, aquí presente, y por este significativo e inmerecido homenaje.

Ya por final, el agradecimiento a Eduardo, que está aquí presente, mi asesor espiritual y, particularmente, a Dios, en quien creo firmemente y pude aprender mucho de él, tanto de Eduardo como de Dios, siguiendo su voluntad, y, en particular, a Jesús, a quien lo mataron por querer amar al más pobre, por querer amar al más abandonado, sea cual fuere su religión, seguir su camino es difícil, pero es posible.

Hoy, gracias a ustedes, continúo practicando como árbitro y ejerciendo la docencia en nuestra facultad, siguiendo la ruta.

Gracias, amigos, gracias por este inmerecido homenaje.

## **MESA 6: MEJORAR LA PREINVERSIÓN Y LOS EXPEDIENTES TÉCNICOS COMO CLAVE PARA CERRAR LA BRECHA DE INFRAESTRUCTURA Y REDUCIR LAS CONTROVERSIAS**

**Presentador:** A continuación, daremos inicio a las ponencias de la Mesa 6, que tratará el tema: «Mejorar la preinversión y los expedientes técnicos como clave para cerrar la brecha de infraestructura y reducir las controversias».

Esta mesa estará moderada por el doctor Eric Franco. El doctor Eric Franco es abogado, árbitro, miembro del *dispute board* y profesor. Ha trabajado en proyectos y controversias de ingeniería y construcción en América Latina, Europa y Asia. Es profesor en temas de prevención y resolución de conflictos y derecho de la construcción en Perú, Chile, Argentina y el Reino Unido. Posee una maestría en Derecho de la Construcción y Resolución de Conflictos por King's College London. Actual representante del Perú ante la Comisión de Arbitraje y es adjudicador de la Cámara Internacional de Comercio. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio.

Asimismo, presentaremos a nuestros ponentes.

El ingeniero Justo Enrique Cabrera Villa. El ingeniero Justo Enrique Cabrera es ingeniero civil por la Universidad Nacional de Ingeniería, con un MBA en ESAN, *Advanced Virtual Design and Construction, mentorship* por la Universidad de Stanford. Profesional en dirección de proyectos con alta capacidad de gestión. Con experiencia en el sector privado y público en la dirección y gerencia de proyectos. Ha trabajado en las principales empresas nacionales de construcción. Con experiencia docente en posgrado de la Universidad ESAN.

Asimismo, tenemos como ponente al doctor David Grández. El doctor David Grández es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y es magíster de Administración Pública por la Universidad de Melbourne, Australia. Cuenta con especializaciones en gestión de proyectos, así como implementación de proyectos con ordenamiento externo. Fue parte del equipo legal del Sistema Nacional de Inversión Pública, SNIP, en el Ministerio de Economía y Finanzas. Actualmente, asesora entidades para la implementación de oficinas de gestión de proyectos para el desarrollo de obras públicas.

Asimismo, presento al doctor Luis Robas Sánchez. Es *Master in Laws in International Business and Economic Law* por la Georgetown University Law Center. Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo. Es becario de la Fundación Fulbright. Ha laborado en la Comisión de Presupuestos del Congreso de la República, en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, en el Ministerio de Economía y Finanzas, en Ositran, en el Ministerio de Salud, y fue gerente de control de mega proyectos en la Contraloría. Actualmente se desempeña como Vicecontralor de Control Sectorial y Territorial.

La doctora Amalia Moreno Vizcarra es abogada especializada en gestión pública y con máster en Derecho de la Contratación Pública de la Universidad Castilla-La Mancha, en España. Ha diseñado múltiples estrategias de contratación para entidades públicas. Ha sido directora ejecutiva de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios. Ha sido secretaria ejecutiva en los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos Lima 2019. Ha sido consultora responsable de la política en materia de compras públicas del Ministerio de Economía y Finanzas y miembro del Consejo Directivo del Organismo de Supervisión de las Contralorías del Estado.

Finalmente, presento a Matthew Fitch. Matthew Fitch es director asociado de MACE, con más de doce años de experiencia en construcción. Se especializa en la procura y ejecución de programas de gran escala

en el sector público, y ha tenido roles tanto en construcción como en consultoría en varios países, el Reino Unido, Emiratos Árabes Unidos y Perú. Actualmente, es director adjunto del programa y líder de gestión del programa del PEIP, Escuelas Bicentenario en Perú.

**Eric Franco:** Buenas noches con todos, a nombre de toda la mesa, doy las gracias por la invitación. Realmente es un gran placer estar acá en mi casa de estudios, además, y ver que ya estamos en el congreso decimoséptimo, después de tantos años, ver que sigue siendo un referente en el mercado arbitral, la verdad que es una gran alegría.

El tema que nos toca tratar es particularmente importante porque va a uno de los temas medulares, a uno de los temas raíz de muchos problemas. Así como la mesa anterior trataba el tema de corrupción, creo que la corrupción es la causa raíz de muchos de los problemas que tenemos, y los expedientes técnicos y la preinversión también son la causa raíz de muchos de los problemas que tenemos.

Pero, curiosamente, tanto el tema de corrupción como de expedientes técnicos no se tocan mucho en los foros académicos y es una gran alegría poner el tema en la mesa. Y creo que, por más complejo que sea un problema, si empezamos a hablar, hablar, hablar y a tratar van a empezar a salir ideas y vamos a empezar a encontrar soluciones a los problemas.

Entonces, empezando, además, tenemos un gran panel representando una amplia variedad de experiencias en el sector público, tanto Gobierno a Gobierno, Contraloría, las entidades responsables de formular proyectos, etc. Tenemos realmente un panel de lujo, así que vamos a aprovecharlo al máximo en el tiempo que tenemos asignado.

Empezaría por Luis Alonso. La Contraloría viene sacando sus informes de obras paralizadas, ha identificado más de 2000 obras paralizadas. ¿Consideras que los problemas de formulación de estudios son una de las causales más relevantes para dicha paralización?

**Luis Robas Sánchez:** Buenas noches, gracias Eric.

En principio, agradecer a la PUCP por la invitación, Silvia muchas gracias por la gentileza y Eric, por supuesto, un saludo al ilustre panel con el que tengo el honor de estar esta noche.

La primera foto que seguramente están viendo del Puente Auchi en Huánuco es para motivar un poquito la discusión. Aunque no lo crean, fue diseñado así, y que se está utilizando y que ingeniosamente, para usarlo, los pobladores han implementado unas plataformas de acceso, unas escaleras, por decirlo así, lo que resume un poco, nos permite contestar la pregunta de Eric, respecto a este gran problema que tenemos con las obras paralizadas. La Contraloría sigue haciendo un seguimiento trimestral, y la verdad que es nada placentero que este reporte cada vez crezca en el número de obras, porque, como decía alguien que conocemos, la obra más cara es la que se inicia y no se termina.

La Contraloría, además, para poner un poco más el tema de cuál es el problema que estamos enfrentando, y por qué tenemos tan débil preinversión, y por qué los expedientes técnicos tienen muchas deficiencias, e impactan luego en la ejecución de las obras e impiden que éstas se terminen, también vemos que no solo son los expedientes técnicos, que también tenemos problemas, como bien dice el título del panel, en la preinversión, pero problemas de raíz.

Por ejemplo, desde el 2001 hasta el 2021 tenemos más de 213 mil proyectos de inversión que fueron declarados viables, preinversiones hechas, sin embargo, en el cuadro que está aquí debajo hemos identificado que tenemos más de 125 mil proyectos en los que nunca se ha ejecutado

un sol, después de su preinversión, o sea, se generaron, pero se quedaron ahí. Entonces, imaginémosnos la cantidad de recursos y esfuerzos que hay en generar preinversiones, declararlas en algunos casos viables, pero que nunca se ejecutan.

Eso es, por un lado, pero además esta atomización, como bien lo dice el título, también nos impacta, porque en lugar de estar concentrándonos en hacer buenas preinversiones para proyectos emblemáticos, para programas, para portafolio de proyecto, lo que tenemos es una proliferación también en la preinversión, la dispersión que vemos en la preinversión, nos impacta en la ejecución.

Y vemos que como el gobierno local tiene más de 90 mil obras, pero miren el monto de esas 90 mil obras, 216 mil millones, el Gobierno nacional tiene ocho mil y lo supera en número, entonces, tenemos mucha obra chiquitita, formulamos muchos proyectos chiquititos, de poco impacto, de baja calidad probablemente, y de ahí lo dispersamos en ejecución, evidentemente de obras mayormente paralizadas, están los gobiernos locales, que nunca se termina, pero además, el impacto en los montos, proyectos mayores a mil millones, hasta el 2021, 34, pero proyectos entre cero y un millón, más de 60 mil.

Entonces, nosotros gestionamos infraestructura pública, hacemos infraestructura pública para mejorar la prestación de servicios públicos, pero que claramente vemos que con esta atomización no tenemos cómo tener impacto y mejorar la prestación de servicios públicos y vemos fotos, como las del inicio y vemos hospitales paralizados y vemos colegios paralizados y vemos la brecha en infraestructura que cada año crece más en el país.

Este es el dato de las obras paralizadas, más de 2000 al 31 de julio, que representan una inversión de 25 mil millones, pero que además ne-

cesitan 12 mil millones más de soles para ser terminadas en montos actuales, porque sabemos que los materiales de obra se deterioran y que un proyecto paralizado comienza a necesitar muchos más recursos.

Tenemos un caso de un hospital bien conocido en Cusco, que inclusive necesita ser demolido en ciertas partes y que va costando más, mucho más, que el promedio de hospitales de su nivel 2, que ya hubiéramos construido con lo que se pretende invertir para terminar los tres hospitales de ese tipo.

Pero además una data que tenemos en construcción que es bien interesante es, y hacíamos una pregunta, ¿por qué esta deficiencia de los expedientes técnicos? Entonces hemos estado con una Contraloría tratando de hacer aproximaciones, ¿será porque pagamos poco por un expediente? ¿Será porque no tenemos suficientes técnicos capacitados? ¿Será porque el Estado no se ha preocupado en formalizar y profesionalizar a la academia en el mercado privado en tener mejores expedientes?

Y ahí tenemos un dato, todavía no tengo cómo compararlo si es mucho o poco, pero esta data que hemos revisado nos manda que en el Gobierno nacional, el promedio que invertimos, el monto promedio que invertimos en hacer expedientes técnicos es cinco millones. En gobierno regional, miren la diferencia, un millón. Y miren cómo cae el gobierno local: 300 mil soles.

Entonces, todavía no tenemos data como para afirmar si es mucho o poco, pero nuestro conocimiento y nuestro *expertise* nos está llevando a que no necesariamente nos estamos preocupando por poner todos los ingredientes, o tener buenos ingredientes cuando comenzamos a cocinar un proyecto de infraestructura.

Un dato adicional para acabar de provocar a la audiencia y al panel es que, recientemente, la auditoría ha revisado perfiles de entidades subnacionales, gobiernos regionales y gobiernos locales.

Ustedes sabrán que hace un par de años salió la Ley n.º 31419 que establecía una valla mínima para el cumplimiento de perfiles para ser gerente, director de un gobierno local, un gobierno regional y un Gobierno nacional.

Este año hemos mirado los gobiernos subnacionales y hemos encontrado incumplimientos. Pero una data que llama la atención, que traje hoy para el foro, es que de las 554 entidades supervisadas, entre ellas los 25 gobiernos regionales, 196 municipalidades provinciales y otro grupo mayor de municipalidades distritales, 204 gerentes ya sea de obras, de inversiones o infraestructuras, es decir, los que gestionan, los que dirigen los equipos técnicos, no cumplen con el perfil. Y el perfil que está en la ley es un perfil mínimo, base.

Entonces, respondiendo a esta primera pregunta, y disculpen la extensión, sí creemos que una de las causas raíz de la paralización de las obras es la deficiencia de los expedientes técnicos, pero que a su vez tiene otras causas raíces que tenemos que ir atacando, como las que les he mostrado esta noche.

**Eric Franco:** Muchas gracias, Luis Alonso.

Y vemos que dentro de la estadística de la Contraloría, 2 % sería atribuible al expediente técnico, pero probablemente hay otras que también tienen su origen en el expediente técnico.

¿Quieres hacer un comentario?

**Luis Robas Sánchez:** Sí. Lo que pasa es que nosotros cuando hacemos este reporte, preguntamos al gestor por qué está paralizado. Y la mayor

parte de veces nos están respondiendo por problemas, por incumplimientos contractuales, después nos dicen por controversias, un buen grupo es por controversias y después viene recién deficiencia en el expediente técnico. Pero muchas de estas controversias, cuando las miramos, ¿a qué responden? Es por problemas del expediente técnico, por adicionales de obra, por órdenes de cambio en las que no se ponen de acuerdo las partes, que tienen su causa raíz, nuevamente, en que la concepción del proyecto, la concepción de la obra no estaba bien empujada.

Yo les comento algo, además, con una entidad muy importante del Gobierno nacional que ejecuta mucha obra, de repente es la unidad ejecutora más importante que ejecuta obra, hace algún tiempo, para entender por qué teníamos tanto adicional de obra. Los adicionales de obra no son malos, sobre todo ahora que tiene cambios, pero el problema es cuando vemos que las partes, inclusive, el contratista y el cliente ni siquiera se ponen de acuerdo en las soluciones técnicas, en si es o no un adicional de obra.

Y cuando fuimos a preguntarle: mira todos estos problemas que estamos viendo en tus expedientes técnicos, ¿ustedes de qué mecanismos no se han dado cuenta? ¿Qué ha pasado? Y la respuesta que tuvimos fue: nosotros sabemos que los expedientes son deficientes, sabemos que los expedientes no están listos para ser licitados, pero si no los sacamos a concurso, ¿cuándo? Ya en el camino se arreglarán.

Entonces, creo que eso es bien sintomático de lo poco que desde el sector público, yo toda mi vida he trabajado en el sector público, y me siento parte del problema, es que hemos reparado en la necesidad e importancia que tiene esta primera fase que nosotros le llamamos preinversión, comúnmente, y que no ponemos todos los recursos, todas las capacidades, todos los insumos necesarios, y los recursos presupuestarios, evidentemente, para asegurarnos que esté bien cuajada antes de pasar a la inversión, y corremos, y ahí viene un tema de incentivos, por

poner la primera piedra, pero no por poner la última, que es lo más grave.

**Eric Franco:** Muchas gracias, Luis Alonso. Y como vemos, estamos empezando a entrar en el tema. Es clave para ejecutar y para terminar de cerrar las brechas que tanto queremos cerrar.

David, hay dos temas que ha mencionado Luis Alonso. Uno es la atomización de obras. Te quisiera preguntar si falta ampliar la cartera, yendo un paso atrás, a la parte de preinversión, porque el expediente técnico ya entra a fase de inversión. En la fase de preinversión ¿falta ampliar la cartera de proyectos de inversión pública y cuál es el diverso de proyectos que viene ejecutándose a la fecha?

**David Grández:** Gracias, Eric. Buenas noches con todos.

El problema de hablar después del doctor Robas es que ya lo dijo todo y ya lo dijo bien. Entonces vamos a intentar torturar un poquito los números para que nos digan finalmente lo que queremos escuchar. Esa es una frase que alguna vez la escuché a un economista.

Para más o menos responder tu pregunta, tomando como data el Banco de Inversiones del Invierte, hoy tenemos casi 60 mil inversiones entre proyectos, programas de inversión e IOARR. 60 mil proyectos con presupuesto para este año. En principio, la lógica nos dice que deberíamos ejecutar 60 mil proyectos, maravilloso, perfecto.

Para estos 60 mil proyectos, señores, en el Perú tenemos 2310 unidades ejecutoras a nivel nacional, de las cuales 1869 son municipalidades. Casi la totalidad de esas ejecutoras son municipios, municipios que están en su primer año de gobierno. Gobierno subnacional. Y acá viene la data interesante. En promedio cada municipalidad tiene 106 proyectos. De los cuales 45 %, casi la mitad, tiene más de tres años sin ejecutar.

¿Cuál es mi punto, luego de soltarles estos datos? Es, básicamente, que estamos ante un universo —vamos a llamarlo— abrumador de proyectos con plata para ejecutar. Tenemos muchísimas unidades ejecutoras, tenemos muchísimos proyectos, sin embargo, el Estado, al final de cuentas, evidentemente no cuenta con los equipos técnicos capaces de atender esta suerte de vorágine de proyectos.

¿Y por qué? ¿Se han puesto a pensar en eso? Porque, al final los funcionarios públicos, varios de los aquí presentes, somos funcionarios públicos, tenemos que lidiar, yo diría, con procedimientos, formatos, muchas veces desbordados, de varios sistemas administrativos. Piensen ustedes en todos los formatos que invierten, programación presupuestal, toda la normativa que regula la Ley de Contrataciones, si el proyecto no está financiado, además, con el tema del endeudamiento. Son distintos sistemas administrativos, incluyendo el sistema de control, o sea, qué me costaba, hay que portarnos bien.

Entonces, ese es un primer tema, ahí no más se necesita gente con capacidad. Pero, además, agréguele a eso que estos funcionarios tienen que lidiar con licencias, autorizaciones, expropiaciones, adjudicaciones, liberación de interferencias y agréguele a esas complicaciones que tienen que ser tigres en sistemas administrativos, tienen que ser tigres con este tipo de gestiones propias para tener los terrenos de los contratos, las licencias. Pero, además, con formatitos no se ejecuta un proyecto.

De algo nos dicen las buenas prácticas que tenemos, casi desde los Panamericanos, la reconstrucción PIP, bicentenario, es que en el Estado peruano, salvo estas burbujas de los G2G, en estricto, no tenemos unos estándares de dirección de proyectos. Porque yo no gano nada, llenando formatos de los sistemas administrativos si es que no sé gestionar costos, cronogramas, si es que no tengo debidamente identificados los riesgos, la gestión de los *stakeholders*, etc. Todo lo que hace básicamente una oficina administrativa de proyectos. Entonces, si tenemos este universo tan

grande y tenemos deficiencias, tenemos todos estos problemas, en realidad, ¿qué podemos hacer?

En las discusiones previas comentábamos, tal vez la «A». Miren ustedes a la «A», es un importante esfuerzo para, de alguna manera, centralizar la ejecución, se enfoca en proyectos estratégicos, de alguna manera lo que está haciendo es ser una suerte de superejecutora y, de alguna manera, lidiar con esta organización, pero en la práctica, señores, el problema va más allá. Porque se ponen a pensar, nuevamente utilizando la data de la Contraloría, del universo de obras paralizadas, 72 % de las obras paralizadas no superan los 5 millones de soles. Es un proyectito. Si la «A» te va a encargar de 200 millones para arriba. Entonces, la «A», en principio, si bien es cierto, hay que reconocerlo, importantísima iniciativa, en la práctica tampoco va a ayudarnos mucho.

Algunas de las ideas que creo que este es el momento, este es el foro, este es el espacio en el cual nosotros podríamos empezar a soltar, a discutir y explorar son otras opciones, por ejemplo, piensen ustedes en una suerte de reducir el número de unidades ejecutoras.

Yo soy un amante de la historia. Antes de venir acá estaba viendo justo un documental en el cual, Tratado de Tordesillas, siglo XV, España y Portugal se reparten el mundo. El rey de Francia va molesto donde el Papa y le dice: ¿y en qué parte del testamento de Adán dice que estos señores tienen que repartirse dinero?

Piensen ustedes, ¿en qué parte de la Constitución peruana dice que todas y cada una de las municipalidades debe ser un pliego expiatorio? ¿Por qué? ¿Por qué no empezamos a pensar, centralizar, reducir una suerte de esta moratoria de nuevos proyectos y nuevas unidades ejecutoras? Y popular, por supuesto que lo es. Le van a impedir al alcalde o al gobernador cumplir su promesa de campaña el primer año de su ges-

ción. La toma de Lima va a ser, seguramente, una marcha pacífica, comparado con lo que se nos viene. Estos son, precisamente, los espacios en los cuales nosotros podíamos empezar a conversar.

Son estas ideas las que, de alguna manera, quería poner en la discusión. Discúlpenme, si soy un poco incendiario y un poco subversivo, pero la idea, finalmente, es que en estos espacios podamos conversar.

**Eric Franco:** Muchas gracias, David. Tenemos un problema de capacidad de gestión, una gran atomización, como has indicado. Una alternativa sería hacer paquetes. Se habla de moratoria para entidades que no cumplen con ejecutar su presupuesto, y esto trae colación el tema de que los políticos son un peligro para las inversiones, entonces también son un aliado de las inversiones. Son un peligro para las inversiones porque, como ha dicho Luis Alonso, se enfocan en poner la primera piedra más que en poner la última. La última ya no importa, ya estará en otro cargo. Pero también son un aliado, porque si no fuera por el político no se empezarían los proyectos. Entonces, tienen esa doble función.

Bien, Amalia, ¿qué parte de todo este tema del expediente le toca al Estado? ¿Qué parte le toca al privado?

**Amalia Moreno Vizcarra:** Buenas noches a todos. Agradecer siempre al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica del Perú por la invitación y por permitirme compartir este maravilloso panel esta noche.

Y creo que, yendo a la pregunta, nosotros hemos pensado por muchísimo tiempo que el problema y la calidad de los expedientes técnicos es un problema del Estado. Pero tenemos que hacernos una simple pregunta y utilizando la foto que nos ha traído Luis Alonso. ¿Dónde estudió ese ingeniero que diseñó ese puente? Primera pregunta. ¿Ese ingeniero está registrado de manera profesional? Es obligatorio, ¿verdad? Entonces también pertenece a un colegio profesional. Y, probablemente, porque eso también es excepcional, puede ser que esté en alguno de los

gremios del sector privado. Y ahí, para terminar con lo que nos ha dicho también Luis Alonso, entra la Contraloría, ¿en qué momento? ¿Al final de la construcción? Entonces, son muchas cosas que se reúnen en algo que se hace mal, pero no se preocupen que para el Estado y para flagelar al Estado estamos aquí varios, para decir las cosas que estamos haciendo mal y me gustaría un poco concentrarme en, justamente, en estos actores principales en la mejora de esta calidad.

Creo que todos coincidimos, he escuchado atentamente a nuestros panelistas, en que la inmediatez, sobre todo del político, es la que mata la planificación.

Maldita inmediatez que matas la planificación y que sobrepones a la razón, porque solo para la foto es que se hace todo esto y yo tengo una explicación para la atomización que nos ha señalado y han resaltado tanto David como Luis Alonso, porque lo he visto de cerca en el trabajo que se ha hecho en la reconstrucción.

Cuando hay un pedido, incluso se sabe que es inviable, ¿qué le ofrece el alcalde a la población? Yo te voy a hacer el proyecto, o sea, la preinversión, el estudio de factibilidad y con eso consuela al pueblo. Sabe perfectamente que ese proyecto no va a ser viable, pero le dice, yo ya cumplí. Ahora, con eso voy al Ejecutivo y como el Ejecutivo no me da la plata, ya saben la culpa de quién es.

Y entonces así, se empieza a engordar la carpeta de los proyectos.

También quiero reflexionar con ustedes, lo que nos ha dicho David, será acaso, y un poco para entrar al debate, ¿será acaso, la reducción de las unidades ejecutoras las que no lleven a la eficiencia?

Ustedes recordarán que antes, digamos, les estoy hablando como que del 2001 o 2002, no había tantas unidades ejecutoras y se empezaron

a incrementar las unidades ejecutoras porque no se daban abasto o porque simplemente el que estaba a cargo, por ejemplo, de la provincia que tenía que ser para el distrito no se ocupaba, o se ocupaba de sus distritos favoritos y dejaba a los demás sin proyectos. Y como no había ese control, empezaron a crearse las unidades ejecutoras en todos los municipios. O sea que por ese tránsito también ya el país ha ido y no nos ha funcionado.

Y entonces ahora tenemos que empezar a mirar a largo plazo, por el amor de Dios, a largo plazo. Nos hemos pasado los años buscando la fórmula, vamos a decir, legal para lanzarle el guante al que hizo ese mal expediente técnico. Cómo todos decían, pero si lo contratan por orden de servicio, toda una filosofía alrededor. Por orden de servicio la Contraloría no lo puede sancionar, pero entonces como proveedor sí, pero si la entidad ya le dio la conformidad.

Entonces, ¿dónde atrapamos a ese que hizo mal el expediente técnico o al que hizo mal la preinversión? ¿Cómo lo atrapamos? Y no teníamos que pensar en eso. Yo creo, y es mi humilde opinión, que lo que hemos debido es buscar ayuda de una articulación fina con la academia, con los colegios profesionales, porque es una solución de largo plazo. Porque nuestros estándares en ingeniería tienen que mejorar, porque si no, no tendríamos estos resultados. O sea, no podemos tapar el sol con un dedo.

Así como el funcionario tiene que reinventarse y tiene que mejorar, los actores alrededor de un expediente técnico también lo tienen que hacer. Y a lo mejor ni siquiera mejorar, sino simplemente empezar a darle valor a los valores. Eso que nos parece romántico, o sea, ¿cómo así un ingeniero que se dice profesional, quién es? ¿Cómo definimos a un profesional? Aquel que ha sido formado académicamente, ¿no? En un trabajo que luego lo hará de manera habitual. Ese es un profesional.

Entonces, ¿cómo un profesional que se dice serlo puede entregar un expediente de esa naturaleza? Quiere decir que la ética, que la integridad, que esos valores que nosotros creemos que no nos van a solucionar la vida, están faltando.

Por eso digo que este trabajo es de largo aliento y empezar a trabajar de manera cercana. El Estado tiene que empezar esa articulación con la academia, con los colegios profesionales, con el sector privado, para darle esa posibilidad, ese refuerzo a este nicho de estudios de diseño.

Los estudios previos a la ejecución de la obra han sido desprestigiados en los últimos años. ¿Por qué el Estado paga mal? Una de las, de repente una de las más importantes, pero no es la única. En la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, en Lima 2019, pagamos bien por el diseño y obtuvimos expedientes no tan buenos, por ser generosos.

¿Qué quiere decir? Que eso no se cambia de noche a la mañana y que no se cambia solo con levantar el incremento. ¿Es necesario? Sí, definitivamente, y esto lo hemos hablado en la sesión previa que hemos tenido con los panelistas. Todos estamos de acuerdo en que se tiene que pagar mejor, pero así como se paga mejor, necesitamos mejores resultados y para eso necesitamos ayuda de los que verdaderamente saben de ingeniería y quienes saben de ingeniería es la academia, el sector privado y los colegios profesionales.

Entonces, estamos desde el Estado, ahora ya no funcionaria pública, pero sintiendo funcionaria pública, esperando esa articulación y ojalá que desde el Ministerio de Economía, por ejemplo, podamos hacer este tipo de esfuerzos para hacer estos proyectos a largo plazo, mediano y largo plazo, porque seguramente vamos a hablar también de aquellos que se pueden hacer en corto plazo.

**Eric Franco:** Muchas gracias, Amalia.

Como vemos en realidad es un problema del sector público, pero también es un problema del sector privado. No es posible decir solamente desde el sector público. Entonces, hay una responsabilidad compartida, hay un tema ético, hay un tema de capacitación, de capacidades en el sector privado, también de sanciones en los colegios profesionales.

El panel anterior ha hablado sobre la falta de sanciones en algunos colegios profesionales. Es un tema más sistémico que solamente echarle la culpa al sector público y, de hecho, en el sector público una gran carencia: la falta de carrera pública. Reforzar la carrera pública creo es algo en lo que estamos todos de acuerdo, pero también, curiosamente, es algo de lo que se habla muy poco.

David, dentro de estos esfuerzos para mejorar la capacidad de ejecución de proyectos, el MEF ha venido impulsando PMO, G2G, también podría ser, bueno ahora «A», hay una iniciativa también para mejorar los expedientes técnicos y también podría haber alguna modificación en Invierte.pe para que haya un proceso iterativo entre fase de expediente técnico y mejora de proyectos de inversión pública antes de pasar a ejecución de obra, etc.

¿Nos podrías comentar un poco sobre todo el panorama? ¿Cómo se ve el esfuerzo que está haciendo el MEF?

**David Grández:** Sí, gracias.

Podría empezar citando algunas normas de menor nivel, básicamente resoluciones directorales, una en particular, enfocada en el tema del expediente técnico que fue aprobado por el MEF el año pasado, pero no los quiero aburrir con normativa pequeña, minuciosa, porque están también, creo, enfocadas en controlar casi *ex post*.

Quiero enfocarme, básicamente, en tres políticas que veo con muchísimo agrado que están siendo impulsadas desde el Ministerio de Economía y Finanzas y que siento que es así que se mueve la aguja de la inversión, que te mejora la calidad de los expedientes técnicos a futuro.

Primero, ya tiene cuatro años, empezó en el 2019, con una política pública, aprobada en la Política Nacional de Competitividad y Productividad. Me estoy refiriendo específicamente al Plan BIM Perú. El Plan BIM Perú, de alguna manera, propone a largo plazo, hasta julio de 2030, la gran meta, el gran objetivo de que las entidades de los tres niveles de gobierno puedan implementar, desarrollar, aplicar en sus inversiones, específicamente las relacionadas con infraestructura, con edificaciones, la metodología BIM que, sin duda, es un salto enorme en cuanto al desarrollo de la calidad del expediente técnico.

Eso es algo sumamente importante, tiene una estrategia de adopción progresiva, tiene distintos hitos. A la fecha se han cumplido todos los hitos, el último hito es a julio de 2030. En el ínterin se han aprobado metodologías, se ha aprobado la guía BIM, ya se tiene incluso pilotos, pero ¿sabe qué cosa no se tiene? No se tienen recursos, presupuesto para implementar esos pilotos.

Fíjense ustedes, nace del propio MEF una política pública impulsada por el propio MEF, que ya a la hora en la que sale, se sale y se implementa en la cancha, tiene el problema del presupuesto, no presupuesto para pagar a los consultores de Poder Ejecutivo que están implementando el Plan BIM, no, problemas presupuestales para entregar recursos a las entidades en las cuales se van a implementar los pilotos. Eso es algo que se está viendo en este momento: incorporar para la Ley de Presupuesto del próximo año. Sin recursos simplemente no se puede hacer nada, todo queda en buenas intenciones.

Plan BIM Perú, diría una importante iniciativa impulsada desde el MEF con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo, es una consultoría bastante grande, se tiene ya bastantes normas, metodologías, se está implementando, se tienen los pilotos, eso puede mejorar a futuro mucho, 2030, en el peor de los casos 2030, julio 2030, ese es el gran objetivo, la implementación de metodología BIM en los tres niveles de gobierno. Fíjense ustedes, es muy ambicioso.

El segundo es este que tengo en la pantalla, es el famoso enfoque PMO. El enfoque PMO es otra política pública diseñada por el MEF, esta sí es mucho más reciente. El Plan BIM Perú es casi, casi su gemelo, su émulo, el Plan BIM Perú ya tiene por lo menos cuatro años, desde 2019. El enfoque PMO es la política de empezar a desarrollar los PMO para obra pública, no para AFP, eso corre por otro lado, por ahora, es bastante reciente, desde inicios de este año. Es una política impulsada por el MEF para implementar básicamente buenas prácticas, estándares de gestión de proyectos y sobre la base de eso diseminar los buenos principios de la dirección de proyectos en las entidades públicas.

El enfoque PMO, que está sacando adelante el MEF, evidentemente, está enmarcado dentro de las políticas y los planes de Estado. Básicamente, tienen ustedes ahí la Política Nacional de Competitividad, al igual que el BIM, y el Plan Nacional de Competitividad, también se enmarca ahí. Y políticamente hablando fue, digamos, uno de los principales puntos antes de que se inicien estos programas Punche Perú, con el primero de todos que fue el plan Impulso Perú, eso fue el año pasado, está ahí también diseñado.

¿Qué es lo que busca este enfoque PMO? Básicamente, superar retos. El primer reto, el 2022, para que todos sepamos en dónde estamos.

Ustedes saben, en 2021 se rompieron récords en ejecución, 39 mil millones de soles. En 2022 llevamos a 44 mil. Para que tengan una idea, del 2013 al 2019, años previos a pandemia, no importaba los recursos

que le inyectaras, la maquinaria del Estado peruano ejecutaba en promedio 31, 32 mil millones de soles.

¿Qué pasó en el 2021, 2022? Pasamos a 39 y luego a 43. ¿Qué cosa fue lo que ocurrió? Básicamente, una campaña agresiva del ministerio, no solamente dotar de mayores ingresos, sino también de desplegar ejércitos de especialistas a nivel nacional. Los famosos ATI pagados por el BID, los famosos EIP pagados por el MEF, que de alguna manera motivaron ese aumento de la ejecución.

Pero, fíjense ustedes, aun rompiendo récords de ejecución se dejó de ejecutar 28 % de todo el presupuesto del año, 8296 millones. Entonces, el primer reto con este enfoque PMO es mejorar la ejecución presupuestal, cosa que así se va reduciendo más el tema de las brechas. Y el segundo reto es básicamente mejorar la ejecución física. Evidentemente, ustedes saben, lo que se declara viable es distinto de lo que termina siendo el expediente técnico y es distinto de lo que se termina ejecutando.

Al final, los proyectos no se entregan ni dentro del plazo ni dentro del alcance ni dentro de los costos estimados. Entonces, la idea, precisamente, de la política del enfoque PMO es mejorar.

El enfoque PMO, en estricto, lo que busca es que buenos ejemplos, que están en pantalla, de los cuales tenemos a la responsable de uno de ellos aquí en este panel, no sean aislados, que se repitan, que no sean simplemente la excepción.

Muy bien, ¿cómo se ha materializado este enfoque PMO? Así como el BIM tiene una fila de normas, casi, casi todas resoluciones directorales que han ido aprobando, como les digo, las metodologías, las guías, etc. Con el lado del PMO yo diría que se ha empezado en grande.

Antes de establecer, por ejemplo, la guía PMO o metodologías de PMO aprobarlas formalmente, lo que se hizo es aprovechar políticamente el espacio que se tenía. Se abrió una ventana política, se abrió las facultades legislativas al Ejecutivo y a alguien se le ocurrió la brillante idea, debo reconocer, de incorporar en un decreto legislativo, ya con el peso que tiene una ley, la política PMO.

Entonces, tienen ustedes ahí el Decreto Legislativo n.º 1553, que básicamente aprovechó este espacio y modificó, fíjense ustedes, el alcance del Invierte.pe, diciendo que además de la programación multi-anual y la gestión de inversiones ahora va a dar como centro de excelencia estándares para la dirección de proyectos, que es lo básico, lo elemental de la PMO. Y acto seguido dijo no todo puede ser centralizado en el medio, tiene que dar esas buenas prácticas y esto tiene que difuminarse, las entidades van a ellas mismas crear sus propias PMO, que es, para todos los efectos, sus estructuras de decisión de proyectos que son PMO. Es básicamente eso de lo que se trata.

No voy a entrar más en detalle con la lógica del decreto legislativo. Me imagino frente a muchísimos abogados, así que estoy seguro que ustedes lo pueden revisar.

Esta es la consultoría, básicamente, que está financiada por el BID y la idea es que apoye al MEF para crear este futuro centro de excelencia.

Ese es el alcance básicamente de lo que va a tener la PMO. Y en este momento ya se tiene, recién este año nuevamente, pilotos donde implementar este enfoque PMO. La idea es desarrollar los estándares desde el MEF, aplicarlos en los pilotos, sacar buenas experiencias, lecciones aprendidas, luego con el poder normativo que tiene el MEF, evidentemente, empezar a emitir guías, normas, lineamientos, para que las propias entidades en el marco del decreto legislativo que les comenté, creen sus propias entidades de decisión de proyectos y puedan empezar a aplicar esos estándares en sus propias carteras de proyectos.

Yo diría, Eric, que esos son los principales impulsos que veo que están desarrollándose en este momento desde el MEF para mejorar la calidad de la inversión pública.

**Eric Franco:** ¿Alguna parte sobre G2G? ¿Algún comentario sobre eso?

**David Grández:** Tenemos a Amalia aquí, estoy seguro que Amalia puede darnos cátedra de eso. Era simplemente poner a colación recientes modificaciones a la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado, precisamente que regulan la facultad, la posibilidad de acudir a un acuerdo Gobierno a Gobierno, anteriormente, antes de estas modificaciones, en honor a la de verdad, los criterios eran bien laxos para sacar adelante un G2G. Perdónenme la sencillez, pero era facilito sacar un G2G, son requisitos, básicamente, que salían a pedido. Ustedes salen al mercado y al contratista le dicen, hazme un estudio de mercado, y le va a responder: ¿cuál quiere que sea el resultado del tema? Tan simple como eso.

Van a la oficina de presupuesto y dicen quiero que me saques un informe con estas características y eso quiere el viceministro o el ministro, ni hablar, sale así, esa es la verdad.

Y todo esto estuvo pasando por agua tibia hasta que llegó, vamos a decirlo sin tapujo, el G2G de la Carretera Central. Ustedes pueden investigar, leer al respecto respetados exministros de economía. Si mal no recuerdo, el exministro Oliva, incluso, el exministro Segura, básicamente, lo que hicieron desde el punto de vista fiscal, esto es una locura, porque lo que hizo en su momento el MTC fue comprometernos como país a desarrollar un proyecto de 11 mil millones, que ahora nos acaban de dar la noticia de que puede estar ya no 11 mil sino 22 mil, de suscribir contratos de acuerdo al Gobierno con un Estado, y comprometerse a recibir esa asistencia técnica por casi 100 millones de euros, 80 y tantos millones de euros, y sacar adelante un proyecto con estas características, con un estudio de preinversión en solo seis meses y con un estudio de

preinversión que venía con todo el respeto que se merece del Gobierno Regional de Junín.

Había sido formulado, elaborado por el Gobierno Regional de Junín, se lo había pasado al MTC. Sobre la base de esa situación, que encendió todas las alarmas, pues se han implementado algunos cambios. Yo les he puesto básicamente un par de candaditos. No es en vano que esos candados sean chiquititos, porque de alguna manera el método que he tratado de hacer es cubrir la suscripción de este tipo de acuerdos con ciertos candados de índole presupuestal y de índole técnico presupuestal. ¿En qué sentido? A ver, si el proyecto dura cinco años, no nos sirve de mucho que me digas que tiene presupuesto para los tres primeros, porque el grueso de la inversión del proyecto se va a dar en los años cuatro y cinco, sin ir muy lejos. Es algo tan simple como eso.

Y que además incorpora la posibilidad de que estos informes, que van a ser las oficinas de presupuesto de las entidades, se lo remitan al MEF para que no sorprendan. Y desde el punto de vista técnico del Invierte.pe, a propósito de los G2G, ya lo que se pide son básicamente opiniones, opiniones de distintos órganos internos de la entidad, todavía se mantiene dentro de la entidad, pero de alguna manera empieza a identificar responsables dentro de la entidad, que de alguna manera tienen fe de que los estudios de preinversión sobre la base de los cuales se va a sacar un proyecto tan grande en el marco de un G2G, pues cuentan con una viabilidad adecuada, sean lo suficientemente técnicos, vamos a llamarlo así, y para no repetir errores.

Eso es, básicamente, lo que quería comentarles, algunas novedades que está sacando, Eric, el Ministerio de Economía, o que ya ha sacado en relación con la modificación de los acuerdos de gobierno.

**Eric Franco:** Muchas gracias, David.

Vamos viendo cómo, en realidad, cada uno de estos pequeños puntos da para largo y son temas bastante profundos. Dentro de este tema de G2G, una posibilidad podría ser que haya un G2G para la fase de preinversión y para la fase de expediente técnico, algo que hemos estado comentando

Dentro de todas las ideas que surgen y que están en el mercado con relación a la frustración que hay por la deficiencia del expediente técnico, una de ellas es pasar más al método diseño y construcción, donde no hay un proyectista y un constructor, sino que sea uno solo, que esté integrado. Nos podrías comentar sobre esta integración, en qué consiste.

**Justo Cabrera:** Muchas gracias.

Luego de escuchar a mis compañeros del panel, hay tantas ideas y lo primero que se me ocurre decirles es que esto no va a quedar aquí, o no debe quedar aquí, y no porque sigamos conversando, sino porque ojalá esto sea, no un primer paso, seguro ya ha habido otros, pero uno de los pasos que necesitamos como país para verdaderamente hacer las cosas bien.

Algunas cuestiones generales. Se estima que la brecha de infraestructura en nuestro país es de 150 mil millones de dólares. Un dato de la consultora McKinsey del año 2017 nos revela que 10 veces el monto de la brecha de infraestructura que tenemos en el Perú, es lo que se desperdicia anualmente por mala gestión de proyectos. Es decir, típicamente en el mundo se gestiona mal los proyectos de construcción y esa es una alerta especialmente para el Estado, que es el principal cliente, para decir, caramba, tenemos que cambiar las cosas, no podemos seguir haciéndolas igual.

Un segundo punto, el plantearles una idea a ustedes para ojalá empezar a hacerla crecer y es que hablemos mejor de un sistema. El sistema que les planteo como inquietud es el compuesto por la industria de la

construcción, por la academia y por el Estado. La industria de la construcción en este momento en el mundo está avanzando a una velocidad que seguramente nunca antes la experimentaron en tecnología, en gestión del conocimiento, en dirección y en gestión de proyectos.

Entonces, la industria de la construcción es la que debe liderar toda esta transformación hacia el cierre de la brecha de infraestructura, acompañada de la academia y el Estado como gran facilitador.

Ese es un primer concepto que considero importante ponerlo sobre la mesa y seguramente compartirlo y ojalá llegar a un final feliz. Pongamos un primer final feliz: Perú 2050, que está aquí a la vuelta de la esquina. Recordemos cuando iba acercándose el año 2000, se acabará el mundo, se confundirán las computadoras. Bueno, estamos 2023, cerramos, abrimos los ojos y vamos a estar 2050 y tenemos que hacer las cosas mejor y diferente.

Otra cuestión es que, efectivamente, el tema del expediente técnico, así con esa palabra casi arqueológica que queremos aferrarnos de todo corazón y no soltarla, es algo que ya no va más en el moderno mundo de la gestión de proyectos en el mundo.

Hablemos mejor de la información que se necesita para hacer la construcción. Entonces podemos hablar con nuestros amigos del MEF, de la Contraloría, con todos los actores del Estado, con todos los actores de la academia, y con todos los actores de la industria y preguntarnos qué necesitamos para generar la información correcta que nos permita hacer los proyectos que nos van a entregar activos de construcción que no se acaban cuando termina el proyecto, sino van a estar en uso durante 50, 100 años, no lo sabemos.

Entonces, esta es la gráfica que quiero reflexionar con ustedes, es la única lámina que he traído, para no extendernos. Al lado izquierdo, pueden ver una gráfica que le pertenece a la empresa californiana DPR

Construction, es líder en Estados Unidos en los 30 años de vida que tiene, su ascenso ha sido meteórico, y esta empresa nos propone que el ciclo de vida del proyecto no es aquella campana de Gauss que nos dice, por ejemplo, la guía de PMBOK, sino al inicio, en la fase de preconstrucción, se deben generar los mayores esfuerzos.

En esa fase de preconstrucción, que de manera práctica es todo aquello antes de la construcción, es decir, intervienen nuestros amigos del MEF, de la Contraloría en control concurrente, etc., para generar la información que nos servirá para la construcción. Todo aquello no cuesta un sol ni tampoco demora una semana. Genera esfuerzos de varios equipos multidisciplinarios para que luego podamos entrar a la etapa de construcción con un proyecto que no invita a mayores discusiones de lo que se va a hacer. Y eso, mala noticia para nuestros amigos abogados, disminuye las controversias.

Como ven ahí: fase de controversias, de conflictos. ¿Por qué? Al lado derecho pueden ver una imagen. Es una imagen de una captura BIM de un puente equis. Y aquí también un breve alto en el camino, una pequeña reflexión. El BIM, para entenderlo de manera práctica, es un gran repositorio de datos, al margen de las imágenes que veamos. Entonces, esta generación de datos en la fase de preconstrucción le va a servir al MEF, a la Contraloría, al cliente del Estado, al contratista general a tener información de qué es lo que va a ocurrir durante la etapa de construcción y toda la información que le va a servir al cliente durante la etapa de operación y mantenimiento que puede ser equis años más adelante.

Todos esos esfuerzos se deben trabajar y focalizar en la fase de pre-construcción. Entonces, no hablemos de expediente técnico. Hablemos de la información necesaria para generar buenos activos de construcción que sirvan realmente al usuario final durante toda la etapa de operación y mantenimiento de la mejor manera. Ese es el concepto.

Primero, hago una recapitulación. Hablemos de sistema, industria, academia y Estado como gran facilitador. Un segundo concepto, no hablemos de expediente técnico. Hablemos de la información necesaria para generar un buen proyecto y para generar esa buena información tenemos que cambiar nuestro concepto de cómo estamos trabajando la fase de preconstrucción y seguir las buenas prácticas, que ven ahí ustedes reflejadas en esa gráfica.

Quiero felicitar aquí a mis compañeros del panel que han trabajado o trabajan en el Estado, un breve paréntesis. Otro breve paréntesis, en el Perú estamos haciendo las cosas bien, pero las piezas del rompecabezas todavía están sueltas. El Plan BIM Perú, el PMO que nos acaba de decir, David, la forma como estamos recibiendo la transmisión de buenas prácticas de parte de los PIP, etc., del G2G, etc., estamos haciendo las cosas bien, pero necesitamos también un gran articulador.

Y, aquí les traigo la última idea de esta primera parte de mi intervención, no sé si de repente sea la última, así que lo digo para despertarles la inquietud.

La «A». Hace unos meses, *El Comercio* tuvo la gentileza de publicar un artículo donde transmitía una idea y esta idea es el BCRP de la infraestructura. Una institución con la fortaleza de nuestro BCRP, que tenga una partida de nacimiento constitucional para que los políticos no metan la mano ahí moviendo piezas y luego tengamos lo que está ocurriendo con la Sunedu y todo lo que significa una institución, el BCRP de la infraestructura, que ojalá la «A» agarre ese cuerpo, de tal manera que podamos dormir tranquilos, que vamos a estar en buenas manos y que aquel reto del cierre de la brecha de infraestructura realmente se va a ir haciendo realidad.

Entonces, les dejo ese concepto, el BCRP de la infraestructura, que debe ser el camino, que debe seguir la «A» para que no termine como la Sunedu.

**Eric Franco:** Muchas gracias, Justo.

La profundidad de los temas que ha tocado Justo es realmente muy vasta. Quizás solamente un par de comentarios para complementar lo que ha dicho.

Uno es, no significa que el método donde hay un proyectista y un constructor va a desaparecer o debería desaparecer, pero sí debería dejar de ser el protagonista y el protagonista debe ser el ingeniero de construcción. Pero para eso una de las cosas es que la forma no debe ser un diseño de construcción a suma alzada.

Normalmente, relacionamos diseño de construcción a suma alzada y justamente esta idea es un diseño de construcción en la cual la fase de diseño es a libro abierto, por ejemplo, costos reembolsables y el precio final se fija después de esa primera etapa. Así que, digamos, esa es una idea bien importante para entender el concepto completo.

Y también pasa, porque las constructoras se reinventan, al día de hoy, el negocio de ingeniería, el negocio de construcción están separados, pero las constructoras tienen que, digamos, asumir el reto de estar dispuestas a flexibilizarse para subcontratar el diseño o tener el tipo de ingeniería más grande, lo cual implica un cambio también en el mercado.

Y todo esto acá genera menos controversia porque estamos hablando de una de las causas de controversias más importantes, pero lo que va a generar también es más proyectos y cuando hay más proyectos, hay más controversia. O sea, en realidad, nos reducimos: controversias innecesarias y aumentamos controversias de mejor calidad, en todo caso.

Bueno, Matthew. Matthew trae la experiencia de MACE, que está aportando una gran experiencia tecnológica al Perú y dentro de esos aportes, en Escuela Bicentenario, que es una primera vez lo que se llama involucramiento tecnológico contratista, una modalidad que, digamos,

no es tradicional, pero quisiera pedirte, Matthew, si nos puedes comentar un poco sobre las ideas que hemos estado hablando, sobre cómo mejorar el diseño, sobre cómo elegir los contratos y sobre la herramienta de involucramiento tecnológico contratista, en qué consiste.

**Matthew Fitch:** Gracias. Buenas noches a todos.

Hemos escuchado mucho sobre la preinversión, el expediente técnico, pero también mano en mano con eso están las modalidades de contratación y qué opciones tenemos, y eso creo que es un gran impacto y hemos discutido mucho que hay muchas controversias. ¿Cómo podemos cerrar esa brecha de infraestructura pensando en preinversión y también expedientes técnicos?

En verdad, ambos están dirigidos con contratos. Lo que estamos intentando hacer, y personalmente yo he estado aquí hace tres años, trabajé en el Grado de los Juegos Panamericanos, también unos meses en el ARC y después pasé a Escuela Bicentenario. Así estoy trayendo lecciones aprendidas personales de proyecto al proyecto y programa.

Lo que yo veo acá, y pensando un poquito en los contratos, es, primero, ¿qué nivel de riesgo queremos llevar? Porque aquí creo que el Estado, cuando contrata, quiere dirigir y estar muy cerrado en qué opciones puede tomar cada parte. Es decir, y no voy a hablar tanto de la preinversión porque no estoy involucrado tanto en eso, pero en la etapa de diseño yo estuve en Legado, intentando construir hospitales temporales para el covid y el primer punto donde chocamos era que es más rápido de ejecutar y construir un hospital temporal, y ahí yo entendí por primera vez uno de los problemas con las normas, que teníamos un contrato que digo algo de construir un hospital temporal de 250 camas, el más rápido, en dos meses, porque ya estamos sufriendo mucho con covid y necesitamos espacio. Pero de ahí, un contrato muy abierto, pero hay que seguir la norma nacional. ¿Cómo podemos conseguir un contrato más rápido? Con carpas. Ah, pero la norma dice que solamente puedes construir con

la tabiquería. Así, estamos entrando a un problema donde tenemos un contrato abierto y estamos impulsando al contratista a pensar en cómo innovar, pero al mismo tiempo no estamos dando espacio al contratista. Así, de nuevo, en el PEIP intentamos construir colegios, planes de contingencia, colegios temporales para que los niños puedan empezar estudiando en un colegio temporal y después de ahí podemos demoler y reconstruir los colegios.

De nuevo entramos a un debate. ¿Cómo podemos construir más eficiente y más rápido un colegio que solamente necesita tener una vida de diseño de dos años? De nuevo, no hay una ley que dice, o no hay una norma que regularice el tipo de diseño para una escuela temporal, solamente permanente. Así, tenemos colegios temporales que necesitan estar ahí solamente 2 años, pero diseñados para 20 o 30 años. De nuevo, estamos hablando de tipos de contratos, pero la ley no permite ejecutar bajo esos tipos de contratos.

Así, primer punto es, ¿qué podemos hacer? Liberar un poquito la norma. En Inglaterra mi experiencia es que puedes construir cualquier cosa, pero hay normas que dicen: hay que pensar en el contraincendio, hay que pensar en cómo escapen los niños, hay que pensar en, no sé, en ventilación cruzada; pero no dice esto es el material que deberías utilizar y cómo, así cuando brindamos o intentamos abrir tipos de contrato y entrar a diseño y construcción damos más espacio al contratista, porque el beneficio de diseño y construcción es, al final de todo, y muchos han dicho eso, el diseñador hace un diseño lindo en papel, está aprobado, pagado, pero el contratista es quien está ejecutando el contrato y al final de todo él va a ser el que encuentra un problema con el diseño, y ahí llega la controversia.

Si hacemos algo como un diseño y construcción, el contratista no tiene un espacio de escapar para decir: «¡Ah!, no puedo ejecutar ese diseño porque no fue contemplado esto». Con base en su diseño, debería tener que hacer sus estudios mecánicos y de suelo. Y ahí estás obligando

al contratista, y estás pasando todo el riesgo al contratista y diciendo: «Mire, usted es inteligente sabe cómo construir. Bríndeme un diseño que se pueda construir. Bríndeme un diseño que sea factible para ese sitio».

Y también, y como estamos haciendo en las escuelas bicentenario, tenemos dos etapas, una etapa de involucramiento temprano, y después una etapa dos, que es la ejecución.

El involucramiento temprano es que ya ellas hacen el diseño, suma alzada, porque es un precio más o menos conocido. Yo sé si necesito diseñar 10 mil cuadradas, metros cuadrados, es un monto equis. Así yo puedo pasar un precio fijo para el diseño. Y de ahí, ellos brindan un diseño actualizado que pueden construir con precios del mercado, porque al final de todo, cuando entramos a etapa dos, están obligados a construir ese diseño por ese precio en ese plazo. Así, estoy pasando ese riesgo al contratista, diseñar algo que se pueda construir.

Pero la parte linda del contrato es que si no estoy de acuerdo con el precio, si no es factible, si no brindo los resultados que quiero, o que hay un problema con el sitio, puedo resolver el contrato sin perjudicarme. Y eso estamos gestionándolo y viendo que sí hay unas demoras y hay desafíos, pero al mismo tiempo tenemos un diseño actualizado al final con una obligación del contratista de construirlo y no hay una ruta de escape de ellos.

Pero al mismo tiempo también, y hablando un poquito desde el inicio sobre ese involucramiento del Gobierno, hay que pensar un poquito en cómo abrimos la ley para permitir estos diferentes tipos de contratos.

**Eric Franco:** Un tema sumamente complejo, dicho de manera muy corta, pero atrás de esto hay muchísima discusión.

Nos hubiera gustado hablar de temas como una iniciativa para hacer un G2G de fácil preinversión y expediente técnico, hablar del rol de Contraloría para fomentar el control de la calidad del expediente técnico y de otros temas más que quedan en el tintero.

Solamente para cerrar, gracias por haberse quedado hasta el final en un Congreso de Arbitraje y JRD, hablando de estos temas. Parece que no tuvieron mucha relación, ¿no?, pero en realidad tienen mucha relación, porque buena parte de las controversias que vemos en el sector construcción tienen que ver con estos temas. Entonces, esa es la causa raíz de muchos de los problemas que vemos. Y si hablamos de prevención, si miramos al mundo de la JRD, entonces esto está estrechamente ligado con lo que hace una JRD. Si vas a una obra y sabes que probablemente el expediente técnico tenga deficiencias, entonces empiezas a pensar, ¿qué puedo hacer para mejorar el expediente técnico? ¿Qué puedo hacer para ayudar a gestionar el riesgo del expediente técnico desde el día uno? Así que eso es.

Muchas gracias a Marlene y a Silvia por la apertura para incluir este panel en el Congreso. Buenas noches.

**Presentador:** A continuación, los dejo con la doctora Karina Ulloa. Ella es secretaria líder del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, para que nos dé sus palabras de cierre del Congreso.

**Karina Ulloa:** Buenas noches con todos, muchas gracias.

Como dijo el doctor Franco, de hecho, gracias sobre todo por quedarse hasta este momento del Congreso. Han sido tres días definitivamente de mucho aprendizaje, entonces creo que ha sido una jornada bastante útil y les agradezco por estar en este momento.

Muchas gracias, por supuesto, por acompañarnos en los tres días de este XVII Congreso Internacional de Arbitraje JRD, que organiza el

Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de forma anual, y que este año, después de cuatro años, lo hemos hecho nuevamente de forma presencial. Para nosotros ha sido todo un reto y ha renovado el compromiso con nuestra institución, por supuesto.

Espero que todos hayan podido aprender mucho y disfrutar definitivamente de grandes expositores que nos han acompañado, sobre todo abogados e ingenieros que, por supuesto, han tocado temas muy relevantes tanto para el arbitraje como para la JRD, desde buenas prácticas en arbitraje internacional, la ética en el arbitraje, el doctor Franco que nos trae temas siempre tan innovadores como el de esta mesa que acabamos de escuchar y, por supuesto, temas también de JRD, *dispute board* y demás.

Desde el Centro, nosotros con este evento renovamos nuestro compromiso de fomentar intercambio de ideas y opiniones en busca de mejores prácticas. Y, por supuesto, con eso también renovamos, como siempre, nuestro compromiso de seguir brindando servicios de calidad, de forma eficiente y ética, orientados y siguiendo siempre nuestro sistema integrado de gestión.

Sin más que decir, no los quiero retener, con la venia de la directora, la doctora Marlene Anchante, declaro clausurado este XVII Congreso Internacional de Arbitraje y JRD.

Muchas gracias.

ACTAS DEL XVII CONGRESO INTERNACIONAL  
DE ARBITRAJE Y JRD - 2023 DE LA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE  
AGOSTO DEL 2024, CON FM SERVIGRAF E.I.R.L.  
CALLE EL ALHELÍ 108-B DPTO. 201, SURQUILLO,  
TELÉFONO: 774-9972  
LIMA, PERÚ

