

**XVII CONGRESO INTERNACIONAL DE CONTRATACIONES
PÚBLICAS, JRD, DABs Y ARBITRAJE - 2025
DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO**

Volumen 126 Biblioteca de Arbitraje del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**XVII Congreso Internacional
de Contrataciones Públicas,
JRD, DABs y Arbitraje - 2025
de la Asociación Zambrano**

*Biblioteca
de Arbitraje*
VIGÉSIMO ANIVERSARIO

33^{er} ANIVERSARIO
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**XVII CONGRESO INTERNACIONAL DE CONTRATACIONES
PÚBLICAS, JRD, DABs Y ARBITRAJE - 2025
DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO**

© 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

Primera edición, marzo 2026
Tiraje: 450 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 2026-02767

ISBN: 978-612-4400-79-7
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Nota del editor	11
INAUGURACIÓN Y PRESENTACIÓN DEL CONSEJO SUPERIOR AZ INTERNACIONAL	13
DÍA 1 / 17 DE MARZO DE 2025	
PANEL I. PROYECTOS DE INVERSIÓN Y ARBITRAJES ANTE EL CIADI <i>Ignacio Torterola (moderador)</i> <i>Gonzalo García-Calderón Moreyra</i> <i>Marisol Ellis</i> <i>Elvira Martínez Coco</i>	17
PANEL II. DIFERENCIAS DE ARGUMENTACIÓN ENTRE UNA SENTENCIA Y UN LAUDO <i>Luis Fernando Rincón (moderador)</i> <i>Manuel Diego Aramburu</i> <i>Alberto José Montezuma</i>	37
PANEL III. IMPLICANCIAS DE LA NUEVA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIONES PÚBLICAS Y ARBITRAJE DE SEGUROS OBLIGATORIO <i>Ricardo Salazar (moderador)</i> <i>Igor Morales</i> <i>María Sandra Ramírez Bernal</i> <i>Juan Carlos Pinto</i>	49
PANEL IV. EL DEBER DE REVELACIÓN Y LAS NUEVAS REGLAS DE IBA <i>Marcela Filloy (moderadora)</i> <i>Juan Eduardo Figueroa</i> <i>Luis Alberto Liñán</i> <i>Paolo del Águila</i>	55
PANEL V. S.O.S.: LA SOCIEDAD LATAM Y LA BÚSQUEDA DE JUSTICIA POR LOS ÁRBITROS <i>Juan José Martínez (moderador)</i> <i>Alonso Bedoya</i> <i>Christian Guzmán</i> <i>Giorgio Rosso</i>	69
PANEL VI. NUEVA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO <i>Alfredo Soria Aguilar (moderador)</i> <i>Gustavo Rivera Ferreyros</i> <i>José Antonio Sánchez</i> <i>Eduardo Benavides Torres</i> <i>Fabiola Paulet Monteagudo</i>	81

PANEL VII. DESAFÍOS DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y JRD	
ANTE EL INCREMENTO DE ÁRBITROS, ADJUDICADORES Y CENTROS GOLONDRINA	97
<i>Dennia Fernández Morales</i> (moderadora)	
<i>Silvia Rodríguez</i>	
<i>Marianella Ventura</i>	
<i>Luis Miguel Hernández</i>	
<i>Julio Lozano</i>	
<i>Miguel Santa Cruz</i>	
 <i>Conferencia magistral: «Integridad»</i>	 107
<i>Mario Castillo Freyre</i>	
 <i>Presentación del libro: «Construcción y arbitraje».</i>	 107
<i>Segunda edición del autor Juan Eduardo Figueroa Valdés</i>	
<i>Fabiola García</i>	
[La conferencia magistral y presentación del libro no fueron registradas en audio ni video]	
 DÍA 2 / 18 DE MARZO DE 2025	
CONVERSATORIO: DABS EN LATAM	109
<i>Karina Zambrano Blanco</i>	
<i>Jerry P. Brodsky</i>	
<i>Fernando Marcondes</i>	
 PANEL VIII. DESDE EL BOUNDARY A MACHUPICCHU DE DABS A JRD	 119
<i>Luis Fukunaga</i> (moderador)	
<i>Jerry P. Brodsky</i>	
<i>Pablo Laorden</i>	
<i>Fernando Marcondes</i>	
<i>Natalia Barrera</i>	
<i>Tatiana Herrada</i>	
 PANEL IX. ¿QUÉ ELEGIR FIDIC O NEC, OXIS O APPT'S PARA PROYECTOS Y MEGAPROYECTOS?	 133
<i>Alex Campos</i> (moderador)	
<i>Francisco González de Cossío</i>	
<i>Jaime Gray</i>	
<i>Andrea Dalceggio</i>	
<i>Sandra Montes</i>	
 PANEL X. ¿LAS DEFICIENCIAS EN EL EXPEDIENTE TÉCNICO, AMPLIACIONES DE PLAZO, DEMORA EN LA ENTREGA DE TERRENO Y ADICIONALES EN LAS OBRAS. ¿CÓMO EVITAR QUE LLEGUEN AL ARBITRAJE?	 151
<i>Alberto Quintana</i> (moderador)	
<i>Glenn Cameron</i>	
<i>Dante Mendoza</i>	
<i>Edison Matto</i>	
<i>Óscar Cortés</i>	

PANEL XI. LA MATRIZ DE SEGUIMIENTO DE RIESGOS, LA RUTA CRÍTICA
¿CÓMO PREVENIR CONTROVERSIAS MEDIANTE LA JRD Y DABS?

173

Fabiola García (moderadora)*Pablo Fanelli**Nelly Tincopa**Stephanie Uribe**Billy Trejo*

PANEL XII. EL ROL DEL PERITO EN EL ARBITRAJE DE CONSTRUCCIÓN:
ÉTICA Y BUENAS PRÁCTICAS EN LA PRESENTACIÓN DE EVIDENCIA TÉCNICA

191

*Carlos Daga**Juan Carlos Figueroa**Fernando Viana**Guillermo Vega**Enrique Zamora*

PANEL XIII. INVERSIÓN Y FINANCIAMIENTO EN LOS CONTRATOS DE OBRA

205

*Rafael Montoya**Óscar Bravo**Reynaldo Herrera Chavarría**Claudio Graeff*

PANEL XIV. ¿CÓMO COMBINAR CLÁUSULAS ESCALONADAS
DE CONCILIACIÓN, MEDIACIÓN, JRD Y ARBITRAJE PARA PREVENIR
Y RESOLVER CONTROVERSIAS DE CONSTRUCCIÓN?

221

Amalia Cardona (moderadora)*Miguel Ángel Arias**Christian Fernández**Christian Estrada**Marco Paz**Grover Calvo**Karina Zambrano*

CONFERENCIA DE VIDA

239

RESILIENCIA, ARBITRAJE Y FAMILIA

DRA. ELVIRA MARTÍNEZ COCO

NOTA DEL EDITOR

Una vez más cumplimos con publicar las Actas del Congreso anual de la Asociación Zambrano del Cusco, cuya transcripción ha sido aprobada por los organizadores. En esta ocasión, se trata de las actas del Congreso que tuvo lugar el año 2025.

Debemos dejar constancia de que algunas intervenciones y hasta bloques no han podido ser publicados, en la medida de que la grabación del evento no nos permitió hacerlo.

Nuestra *Biblioteca de Arbitraje* presenta este, su Volumen 126, siempre con el propósito de difundir el arbitraje y los demás medios de solución de controversias a través del debate plural de las ideas.

Lima, marzo de 2026

Mario Castillo Freyre*
Director

* Mario Castillo Freyre es abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre (desde 1993); Miembro de Número (2010) y vicepresidente (desde febrero de 2025) del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje*, *Biblioteca de Derecho* y *Biblioteca de Arbitraje-Serie Digital* de su Estudio. Profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú (donde dicta desde 1993). Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa (enero 2017-diciembre 2018). www.castillofreyre.com.

XVII CONGRESO INTERNACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS, JRD, DABS Y ARBITRAJE

INAUGURACIÓN Y PRESENTACIÓN DEL CONSEJO SUPERIOR AZ INTERNACIONAL

Karina Zambrano Blanco: Buenos días, amigos. Quiero presentar a los miembros del Consejo Supremo de nuestro Centro de Arbitraje. Ellos son: Doctor. Juan José Martínez Ortiz, doctora. Elvira Martínez Coco, doctor. Ricardo Salazar Chávez, doctor. Ignacio Torterola, doctor Luis Fernando Rincón Cuéllar, ingeniero Pablo Fanelli, ingeniera Andrea Dalceggio y doctora Marisol Tamara Ellis Anglin.

Elvira Martínez Coco: Solamente decirles que en este Consejo estamos muy contentos de colaborar con la difusión del arbitraje, con la práctica honesta y correcta, pero, probablemente, también con mucha pena porque el reglamento ha hecho varias excepciones y una de ellas es que los miembros del consejo no pueden arbitrar. Lo que significa que nuestra permanencia en el consejo tiene fecha de caducidad y será el momento en el que comience esta gestión y eso es una lástima.

Pero, como lo malo en la vida no dura mucho, yo creo que los árbitros correctos, los árbitros honestos, los árbitros probos, todos aquellos que estamos en el mercado para encontrar justicia, vamos a unir fuerzas para ver que esto vuelva a lo de antes, y las cosas tomen el cauce. No hay mal que dure cien años y tampoco hay país que lo resista.

Marisol Ellis: Gracias, presidente, buen día a todos, y empiezo, por supuesto, agradeciendo la invitación a Karina de integrar el consejo y en una época de cambios, en una época que se avista una ley, un nuevo reglamento, tener ocasión de compartir con profesionales que, no solamente tenemos distintas nacionalidades, tenemos distintas experiencias, tenemos edades distintas, tenemos culturas distintas. Esto yo creo que nos ha permitido en cada una de las sesiones que hemos participado, tener discusiones ricas que están, obviamente, validadas por nuestras experiencias y nuestra formación, y llegar a puntos de consenso y siempre hemos estado de acuerdo en todo. De hecho, estamos de acuerdo y no estamos de acuerdo en algunas cosas, pero yo creo que lo importante es que tenemos todos una visión común: lograr, obviamente, un organismo que tenga la solidez, que tenga, obviamente, la presencia y esto, de conformidad a una nueva normativa, pueda ser una nueva realidad.

Comparto lo que se ha dicho por Elvira, de que nuestra presencia es fugaz, pero esperamos y confiamos en que sean decisiones que tengan una larga vigencia y que así podamos aportar un poco cada uno desde nuestra trinchera a que esto se convierta en una buena calidad.

Finalmente, reitero el agradecimiento porque, ciertamente, he aprendido muchísimo de la talla de profesionales que integran este consejo.

Gracias.

Ignacio Torterola: Buen día, entonces, gran gusto estar con ustedes acá en este congreso en el Cusco.

Voy a ser muy breve porque ya mis colegas acá ya dijeron lo que había por decir de sustancial. Simplemente, decirles que, en mi caso, yo creo que todos tenemos que agradecer la tarea que Karina Zambrano Blanco hace por el arbitraje en Perú, y por reunirnos. Si yo estoy en este consejo es por el afecto personal con ella y porque ella crea las ocasiones para que esto pase y para que todos crezcamos.

Yo tomo mi participación en el consejo como, simplemente, un acto de devolución hacia Karina y todo lo que ella da por nosotros.

Muchas gracias.

Gonzalo García Calderón: Bien, buenos días.

En cuanto a mí corresponde, quisiera felicitar el extraordinario impulso que se viene dando de los medios alternativos de solución de controversias y otras herramientas afines, pero quisiera encarnar en Karina una frase que, usualmente, digo, y es que las cosas buenas siempre son posibles. Y creo que mirar con optimismo todo lo que se puede lograr a través de estos medios con el compromiso de ser cada vez mejores, y escenarios como el que compartimos hoy tienen esta virtud, que podemos intercambiar ideas, y vivir una experiencia formidable en ellos y ser pasibles de tener en perspectivas ante personas que venimos de diferentes culturas, pero que empezamos a hablar en un único lenguaje que es en la justicia, en los diferentes modos del ser, en los mismos escenarios en que están, y de las herramientas que tenemos que ir perfeccionando constantemente con esa mira.

Yo quisiera agradecer en Karina lo que está en el ejercicio de la actividad aquí en el consejo y también desearles a todos ustedes mucho éxito en sus propósitos personales e institucionales.

Sé que su presencia aquí también va en esa línea y que, por tanto, estoy absolutamente seguro de que saldremos muy enriquecidos también en esta ocasión.

Muchas gracias.

Fernando Rincón: Bueno, pues, realmente, para mí ha sido un honor todo este tiempo, digamos, como un año en que nos vemos los sábados, a las doce del día, mensualmente, en que las reuniones son largas. Nosotros somos colombianos, peruanos como el caso de Ignacio, Pablo, Carlos y Andrea que están en otra área, pues, es, verdaderamente, a morir y consagración por la resolución de conflictos y para eso tenemos a Karina.

Y, como han dicho todos, siempre ha sido esta lidia, mirar cómo llegamos a puntos comunes después de discusiones en cómo tratamos los temas de resolución de conflictos siempre, porque el amor que le tenemos a esta materia, ya todos lo dijeron, pero, inicialmente, quisiera resaltar esto que hablamos con algunos colegas, la capacidad de convocatoria que tiene Karina, de diecisiete congresos, en uno de los cuales, hace diez años en Chile que le venían haciendo propaganda y en los eventos del concurso, yo creo que en Santiago, y desde ahí la conocí y siguió martillando y siguió martillando y miren, y estamos acá reunidos gracias a ese tesón, ese amor que tiene por esta materia.

Entonces, agradecimiento a mis colegas, de verdad que es un honor y un placer haber estado todo este tiempo con ustedes en estas reuniones y a Karina les pido un fuerte aplauso por todo esto que ha hecho. De verdad, muchas gracias a todos por asistir.

Pablo Farnelli: Bueno, nada, seré muy breve. Voy un poco a repetir lo que ha dicho Ignacio y agradecer a Karina por la invitación y por la oportunidad de formar parte de este consejo superior; y, bueno, de aprender de mis coconsejeros, personas de gran experiencia con distintas calificaciones y también experiencias laborales en distintos países y nada.

Este año no he podido estar allí con ustedes. Lo había hecho en el 2023 y en el 2024, y bueno, será para el próximo año y les deseo un buen congreso. Los voy a envidiar. Ya he visto un montón de fotografías de las visitas en el Valle Sagrado, y nada. Nuevamente, gracias por esta oportunidad, y bueno, que tengan un buen congreso y cedo la palabra a nuestro querido presidente de consejo, Juanjo.

Juan José Martínez Ortiz: Muchas gracias, Pablo.

Bueno, muchísimas gracias. Esta ha sido la presentación del Consejo Superior de AZ Internacional y continuamos con el congreso, muchísimas gracias.

DÍA 1 / 17 DE MARZO DE 2025

PANEL I. PROYECTOS DE INVERSIÓN Y ARBITRAJES ANTE EL CIADI

Ignacio Torterola (moderador)
Gonzalo García-Calderón Moreyra
Marisol Ellis
Elvira Martínez Coco

Karina Zambrano Blanco: Pasen, por favor. Los invitamos al primer panel. El primer panel conformado por Ignacio Torterola y vamos a tener a Marisol Ellis, Elvira Martínez Coco, Gonzalo García-Calderón, presidente del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Este panel tiene por objeto exponer sobre los principios fundamentales del arbitraje internacional, del arbitraje de inversión, del arbitraje CIADI y en qué estado está actualmente, cómo participa el Perú en el arbitraje CIADI y cuáles son esas consecuencias y sus aspectos.

Para ello, hemos invitado a Ignacio Torterola, que es uno de los más importantes árbitros en Washington. Tiene una vasta experiencia en arbitrajes CIADI internacional.

También he invitado a Gonzalo García-Calderón, presidente del Consejo Superior del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Es el primer profesor que enseñó arbitraje en la Universidad de Lima, y desde hace treinta años, uno de los ponentes más destacados de nuestro país.

Y hemos invitado a Elvira Martínez Coco. Con ella nació el arbitraje. A Elvira... ella ha estado en la Comisión de la Ley de Arbitraje peruana. Ha asistido, increíble, Elvira.

Y también tenemos a Marisol Ellis. Marisol Ellis es representantes de ICC en Panamá. También tiene vasta experiencia en arbitraje internacional. Yo creo que este es un panel de lujo y recibámoslos con un fuerte aplauso.

Ignacio Torterola: Bueno, buen día a todos y buenas noches. Es un enorme gusto estar con todos ustedes aquí en el Cusco.

Nuestro panel es sobre arbitraje internacional. No quisiera que solamente sea sobre CIADI. Vamos a hablar un poquito más y quisiera comenzar... Ya Karina ha hecho una presentación y no voy a pasar mucho tiempo refiriéndome a ello, pero voy a hacer una frase que, seguramente, Elvira, que ha visitado mucho Argentina, la ha escuchado anteriormente en Argentina, que una vez, hace muchos años escuché decir: «Los panelistas de este panel desayunan marlo». Bien pomposo, bien argentino, pero, básicamente, la idea detrás es decir que son del más alto nivel. Y, realmente, no necesito presentárselos, pero quiero tomar los minutos para hacerlo.

Nuestra Elvira Martínez Coco, quiero empezar diciendo que la conozco yo como una gran persona, una gran amiga y una mujer muy valiente. Creo que eso es lo más importante que uno puede destacar de una persona. También, por supuesto, una de las árbitros más solicitadas del Perú e internacionalmente dentro de la práctica del derecho civil, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, he tenido el gusto de compartir varios tribunales con Elvira, y así ha nacido nuestra amistad.

Ex Superintendente Nacional de los Registros Públicos, y cinco años en la Academia de la Magistratura, y seguiría así por muchos, muchos, muchos más, pero hasta acá llegó mi lista hoy, pero, puedo contar, por supuesto, con Elvira en este panel.

Nuestro Gonzalo García-Calderón también, sin duda, uno de los árbitros líderes en el Perú, profesor de la Universidad de Lima y de la Universidad Católica del Perú. Especialista en arbitraje y derecho internacional privado, presidente del Consejo de la Cámara de Comercio de Lima, miembro de la Academia Peruana de Derecho. Muchas gracias por estar con nosotros, y, además, un amigo que he hecho hace poco, pero que estoy muy honrado de haberlo incorporado.

Y, finalmente, nuestra Marisol Ellis. Marisol es socia del Estudio Icaza González-Ruiz Alemán de la ciudad de Panamá. Es especialista en litigios y ADR. Árbitro de la lista del CeCAP, del Centro

de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Panamá, docente en varias universidades de Panamá y ha sido reconocida por Chambers & Partners por uno de los árbitros líderes en Panamá.

Preparé una pequeña presentación de Power Point que va un poquito más allá de mi rol de moderador, pero quise comenzar compartiendo algunas ideas que ustedes van a poner en contexto este panel.

Les cuento cómo vamos a organizarnos. Tenemos diez minutos cada panelista. Luego de que yo haga la presentación, seguirá Gonzalo hablándonos de la realidad del arbitraje del Estado internacional, podemos decir CIADI o con el inversionista en el contexto del Perú.

Luego, escucharemos a Marisol, que nos hablará del mismo contexto en Panamá, y, finalmente, vamos a tener a Elvira, que nos contará del tema de corrupción cuando un árbitro se enfrenta a casos de corrupción.

Entonces, quiero empezar contándoles sobre el arbitraje en el Perú... el Perú en el arbitraje internacional, y cuando estamos hablando de esto, estoy hablando un poco de los casos que lleva esas inferencias, es decir, los arbitrajes internacionales donde el Perú se somete al arbitraje internacional, a los fines y cuestiones relacionadas a la inversión extranjera.

Cuál es la diferencia entre, primero, Perú como muy pocos otros Estados somete muchos de sus arbitrajes al arbitraje internacional. Y ese arbitraje internacional no siempre es arbitraje de inversión. A veces, es ese arbitraje comercial.

Bien, acá lo que vemos es qué es lo que diferencia un arbitraje de inversión del arbitraje comercial. Lo que diferencia es que, en el arbitraje de inversión, ustedes van a tener, primero, que se aplica el derecho internacional público, es el principal derecho que se aplica. No voy a entrar a los detalles, pero podemos charlarlo luego.

Finalmente, las medidas en disputa son medidas que toma el Estado, pero que toma el Estado como el ejercicio de lo que se llama el *ius imperium*. Es decir, actuando como Estado, yo lo podría tomar el Estado actuando como particular. El momento del consentimiento es el que se da a través de los tratados bilaterales de inversión o de contratos anteriores, pero muy específicos, los que se llaman contratos de inversión, y quien demanda es un inversionista extranjero.

En los arbitrajes comerciales puede ser un inversionista extranjero el que demanda, puede ser una persona privada que ha entrado en un contrato con el Estado. El momento del consentimiento es el momento en que se adopta el contrato. Las materias en disputa son las de carácter comercial comedidas con el Estado y el derecho aplicable es un derecho especial que se ha pactado en la cláusula de arbitraje con este acuerdo compromisorio.

Cuando hablamos de arbitraje internacional no tenemos que pensar solamente en el CIADI. El CIADI es un lugar donde podemos llegar y a donde estamos obligados a ir, si el caso es un caso que es donde hay una cláusula CIADI, pero, si no hay cláusula CIADI, entonces, van a tener un caso de inversión. Hay casos comerciales que van a otros lugares y donde el Estado sigue participando.

He listado algunos arbitrajes como algunos centros arbitrales, como las Cortes de Arbitraje que manejan muchos casos con temas de arbitraje de inversiones de organismos que están en Holanda, que es un organismo que tiene más de cien años, que es uno de los principales lugares donde uno puede arbitrar. También está la Corte de la Cámara de Comercio Internacional, la CCI. El Centro de Disputas de la AAA que es la ICDR cuando involucra aspectos internacionales, The London Court International Arbitration. La Cámara de Comercio de Lima, que está haciendo un extraordinario trabajo en llevar casos internacionales. El American Chambers of Commerce de Perú, la AMCHAM, Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica. Es decir, lo que les quiero decir es que,

cuando el Perú arbitra, no arbitra solamente en el CIADI, que, de hecho, muchas veces es mi pensamiento, pero no me voy a detener hoy porque acá es la importancia que, en mi opinión, tiene que en Perú se defiende de la misma manera que se defiende en los arbitrajes frente al CIADI, si tendría que defender en los arbitrajes frente a los arbitrajes de cooperación pública y todos los arbitrajes que tenga porque, a veces, los arbitrajes de cooperación pública pueden tender a ser los más importantes con montos más grandes que los arbitrajes que maneja la Superintendencia.

Hemos tenido justamente con Elvira un arbitraje tan importante, de tanto impacto que le pedimos a la Superintendencia que intervenga, y la Superintendencia decidió no intervenir, pero, realmente, el Estado tiene que defenderse al más alto nivel porque los estudios jurídicos internacionales y locales que están actuando este tipo de arbitrajes tienen el más alto nivel y podrían estar compitiendo desde cualquier estudio internacional. Con esos resultados tienen que ponerse al mismo nivel, si no, los resultados no van a hacerlo.

El Centro Internacional, el famoso CIADI que es un organismo que nace en 1965, nace para contratos, no nace para casos de inversión, nace para contratos, y, de hecho, los primeros casos, muchas veces, eran los Estados los que demandaban. No voy a entrar al detalle, puedo entrar sobre esto, pero esto es muy importante que nos recordemos: el CIADI es un organismo para arbitrajes comerciales originalmente. Luego se transforma en el lugar del arbitraje de inversión, como expansión del mundo del arbitraje, de los cuales hoy el Perú se ha transformado en un importante jugador dentro de estos y no tengo ninguna crítica sobre este tema; al contrario.

Muchísimas gracias.

¿Qué es lo importante del CIADI? ¿Para qué es una disputa CIADI? Tiene que haber una inversión. La jurisprudencia ha desarrollado la necesidad de que haya un acto de transferencia de capital que sea una transferencia de capital que tenga ciertas características a lo largo del tiempo.

¿Con esto qué les quiero decir? Con esto les quiero decir que no cualquier tipo de arbitraje va al CIADI.

No quiero quitar tiempo a nadie más, voy a avanzar rápidamente.

¿Quién puede demandar en el arbitraje internacional? Puede demandar solamente aquel que tenga la nacionalidad de un país extranjero. Es decir, no se permite personas de doble nacionalidad. Yo voy a decir una frase que he acuñado, que es: «nadie tiene en el derecho internacional doble nacionalidad, solamente se tiene una nacionalidad», que es aquella donde tenemos, realmente, nuestras conexiones.

Inclusive, yo pienso que compite con el concepto de residencia. ¿Puedo yo, por ejemplo, que vivo en Estados Unidos hace veinte años, demandar a Estados Unidos?

Y, en principio, sí porque nunca adopté la nacionalidad americana. Pero, la verdad que sería bastante injusto que yo, habiéndome sometido al derecho de Estados Unidos por bastantes años, termine demandando a Estados Unidos.

Pero bien, yo soy una excepción y no entremos al concepto de residente, peor si entramos al concepto de nacional, es alguien que es, por ejemplo, peruano que vive en Perú, que todas sus relaciones son con Perú, que tiene hijos peruanos, que tiene pasaporte peruano, pero que, al mismo tiempo, tiene el pasaporte italiano porque tenía padres italianos, ¿puede demandar a Perú? Esa era una pregunta para ustedes.

La otra cuestión es la persona jurídica. ¿Cuál es la nacionalidad de la persona jurídica? ¿Es el lugar donde se constituyó? Pero, qué pasa si esa persona jurídica se constituye en un país extranjero solamente para adquirir su dirección y demandar al Estado de su nacionalidad.

Todas estas son preguntas, pero todas estas son preguntas que no las estoy formulando sin algún sentido, sino que estas son las realidades que hoy está enfrentando Perú en sus arbitrajes internacionales. Demandas de dobles nacionales, demandas de empresas que vinieron e hicieron inversiones en el Perú sin tener las manos limpias. Problemas de sociedades constituidas en el extranjero, pero por peruanos a los fines de demandar a su propio país.

Quiero mostrar, simplemente, que el Perú ha entrado al arbitraje internacional a través de sus contratos de inversión de dos maneras. Una, a través de las cláusulas arbitrales en los contratos de inversión; y la otra, es a través de los tratados bilaterales de inversión. En ambos casos puede ser que terminen en el CIADI, o en ambos casos, pueden terminar fuera del CIADI, dependiendo de lo que diga la cláusula. Sin embargo, en ambos casos es necesario que haya una inversión.

Solamente para que tengan una ilustración, yo pensé en los sectores donde hay más arbitrajes. Hoy en día, donde más arbitrajes el Perú tiene internacionalmente es en, como en la mayoría de los países, en lo que se llama *oil and gas* y *mining*, que es en minería y explotación de hidrocarburos.

La última. El Perú tiene la misma cantidad de casos internacionales frente a estos organismos, sea por sus contratos comerciales, que sus tratados bilaterales.

Ahora sí podemos ver que acá les dejo la lista de casos. Todo esto es, simplemente, para contarles un poco el contexto y darles el contexto a mis distinguidos colegas para que hagan sus presentaciones. Y después, si hay lugar, tendremos mucho gusto de hacer algunas conclusiones todos en conjunto.

Muchas gracias.

Ahora, le paso la palabra al doctor Gonzalo García-Calderón.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Gracias, muchas gracias a Karina por la invitación. Bien, que, en todos estos diecisiete años, imagínense todo el esfuerzo de Karina de mantener... porque hacer uno, dos, tres, cuatro congresos, no sé si fácil, pero puede ser, relativamente, posible, pero diecisiete años seguidos, creo que es una constancia, una dedicación que merece un aplauso para Karina. Muchas gracias.

Quiero complementar lo que ha señalado Ignacio. Todos ustedes conocen perfectamente lo que hoy día la Ley de Arbitraje, el artículo 5 establece con claridad que cuando existe un reglamento extranjero que sea relevante en una relación jurídica, indica que está dentro del campo de aplicación del derecho internacional privado. Y, dentro del campo del derecho internacional privado, ese elemento que creo relevante, sin duda, está establecido en el artículo 5 que les iba a decir: el derecho peruano, siguiendo las normas UNCITRAL ha establecido como prioridad no la nacionalidad de las partes, para efectos del arbitraje en CIADI privado, sino estableciendo el domicilio de las partes.

Entonces, el elemento fundamental para estar dentro de un arbitraje considerado internacional por la ley peruana de arbitraje es que el domicilio de las partes esté situado en Estados diferentes. Una parte peruana celebra un contrato con una parte domiciliada en Argentina, evidentemente, estamos frente a un tema de derecho internacional privado, sea que el arbitraje se desarrolle en el Perú, en Argentina o en Francia, se interpretan igual; sigue siendo un arbitraje internacional, y, en principio, se dan las necesidades de resolver con la validez del convenio arbitral, designación de árbitro, procedimiento arbitral, ley aplicable al fondo de la controversia, todo lo relativo a la ley aplicable es lo fundamental en un arbitraje de inversión.

También, el inciso b) del artículo 5 establece un hecho de excepción, que siendo las dos partes peruanas, siendo las dos partes domiciliadas en el Perú, y celebran un contrato en el Perú para ser ejecutado en el Perú, pueden pactar libremente la sede del tribunal fuera del territorio peruano. Y el hecho de que la sede esté fuera del territorio peruano, es suficiente para el legislador para considerar a ese arbitraje uno internacional.

La solución es absolutamente lógica. Si las dos partes domiciliadas en el Perú pactan un arbitraje ante la Cámara de Singapur, lo que va a ocurrir es que ese laudo va a ser considerado un laudo internacional, va a ser considerado un laudo extranjero, y va a ser necesario para su ejecución, iniciar un procedimiento de exequátur en el Perú por un principio fundamental que todos ustedes ya conocen: el principio de territorialidad. Nadie en su sano juicio puede pretender que una sentencia, laudo, dictado en el exterior, tenga validez en el Perú. Para que eso pueda ocurrir, necesariamente, hay que homologarlo. Se entiende que, coloquialmente, hay que nacionalizarlo. Hay que hacerlo peruano. Y para eso hay un procedimiento de exequátur.

El tercer elemento para considerar internacional un arbitraje es que hubo un daño sustancial y la obligación haya sido suscitada en un lugar diferente al domicilio de las partes.

Entonces, esos son los tres elementos que, exclusivamente, el derecho peruano establece. Podemos estar de acuerdo o en desacuerdo. Esto da para una conferencia mucho más larga, por ejemplo, el tema de la designación. Para mí es relevante el lugar de la designación. Dos partes peruanas pueden encontrarse en un congreso internacional en Miami y celebran un contrato que contenga un convenio arbitral. La pregunta es ¿ese convenio arbitral es válido o no es válido? ¿Ha cumplido con las leyes peruanas para efectos de la formalidad del convenio arbitral? O ¿será suficiente el lugar de celebración del convenio arbitral bajo las normas de los Estados Unidos, que es el lugar donde se suscribe? Pueden surgir las controversias con respecto a la validez o invalidez de un convenio arbitral. ¿Cuál es la ley aplicable? Estamos frente a un arbitraje internacional; la ley peruana dice que no.

Bien, pero esos son los elementos genéricos que ha comentado Ignacio del arbitraje internacional.

Concretamente, aterrizando, que fue el pedido que me hicieron Karina y su equipo para estar en la línea de ellos respecto al CIADI, también ya lo mencionó Ignacio. El CIADI nace a través del Tratado de Washington en el 1965. Dicho tratado tiene como objetivo, entre otros, fomentar la cooperación internacional, promover el desarrollo económico a través de la inversión privada extranjera y los mecanismos que generen una seguridad jurídica y que eviten reclamaciones diplomáticas y/o del uso de la fuerza.

He traído un Power Point, mis dilectos amigos, pero es muy fácil. Entren a Google y pongan «bloqueo naval a Venezuela en el año 1902». Es una historia real, no estoy inventando nada. Entren a Google, pongan «bloqueo naval a Venezuela en el año 1902». Hace más de cien años, Venezuela pide un préstamo a tres potencias de la época: a Gran Bretaña, a Italia, a Alemania, y estos Estados le exigen el pago de los préstamos efectuados a ciudadanos, a súbditos, así se denominaba, de esos Estados. Y como el Estado venezolano no les paga, ¿qué hicieron? Estas tres potencias mundiales de la época bloquearon todos los puertos de Venezuela para exigir el pago de préstamos privados de nacionales de sus Estados.

Para eso surge el Tratado de Washington, para evitar que se use la fuerza y que los países acepten el sometimiento a un mecanismo de solución de controversias que pueda darles la seguridad y la garantía.

En consecuencia, el desarrollo de los arbitrajes, que tampoco me da el tiempo para explicarlo, el desarrollo del arbitraje CIADI dentro del marco, como ha señalado también Ignacio, del derecho internacional público, ha generado una serie de particularidades que no existen en el arbitraje privado.

La cláusula paragua, la cláusula de la nación más favorecida, la participación de árbitros con nacionalidades diferentes a las de las partes, la participación, por ejemplo, *amicus curiae*, que es una figura muy interesante que no se da en el arbitraje interno, que podría darse.

El Perú ha suscrito muchísimos tratados, tanto que hay sedes como tratados bilaterales de inversión, como convenios de estabilidad jurídica, tributarios, etc. En algunos, sometiéndose al CIADI y, en otros, sometiéndose a otros mecanismos, a otros centros de arbitraje que resuelven controversias de carácter internacional.

Y, en consecuencia, nuestro país mencionó una estadística que yo también la tenía por acá. Somos de los países más demandados el Perú, creo que Ignacio no lo mencionó, pero creo que Argentina tiene el primer lugar con, aproximadamente, sesenta y tantos casos; le sigue Venezuela, de ahí sigue Perú, México, y son los países más demandados de la región. Tenemos, más o menos, las dos terceras partes del total de América Latina entre los primeros cuatro puestos o cinco puestos.

Y esto es lo que he venido a hablar con ustedes. El Perú cuenta con un sistema de protección a través del sistema de coordinación de respuesta del Estado en controversias internacionales, que es una historia de éxito en el Perú.

Así como hay que resaltar las cosas malas, hay que resaltar las cosas buenas.

Creo que el SICRECI ha funcionado bastante bien en nuestro país mediante Ley de Creación n.º 28933 del año 2006, el Estado estableció una defensa, mediante un órgano especializado que le ha permitido al Estado peruano negociar, identificar y desarrollar las mejores estrategias para estos casos especializados, incluso, esto ha merecido un reconocimiento de Naciones Unidas, la United Nations Conference, en el año 2011, resaltó las mejores prácticas de nuestro país, para los efectos de manejar conflictos entre el Estado peruano e inversionistas de otros Estados.

Entonces, creo que es importante mencionarlo. Y el Perú, dentro de estos veintitantos casos ya concluidos, tiene una historia, repito, de éxito, los casos favorables al Estado peruano, como el caso de la Renée Rose Levy de Levi, Convial Callao, Aguaytia, DP World, Lucchetti, Hydrika, no los voy a aburrir, el The Renco Group, han resultados favorables, mientras que otros, evidentemente, no lo han sido Tza Yap Shum, Bear Creek Mining, etc.

Los últimos casos ya preocupan, porque los últimos dos años, que es en lo que me quiero detener, brevemente, con ustedes ahora, en estos diez minutos que tengo, los casos recientes de los últimos años no han sido muy favorables, aunque algunos sí y otros no, porcentualmente, han sido desfavorables para nuestro país.

Caso favorable es el caso entre el Estado peruano y Free-Port-McMoRan y Cerro Verde. El tribunal arbitral consideró que el convenio de estabilidad jurídica que se había suscrito con el Estado peruano y Cerro Verde era de aplicación para un proyecto específico, no extendiéndose para otros proyectos de inversión minera, como el proyecto de planta procesadora, y, en consecuencia, la Sunat tenía el derecho de reclamar regalías. Se trató de una demanda de, más o menos, de mil millones de dólares de la que el Estado peruano salió vencedor al declararse infundada la demanda.

Un caso no exitoso, el caso de la Línea 2 del Metro. Se argumentó el incumplimiento del Estado peruano, al no entregar a tiempo los terrenos para la construcción respectiva. En este caso, el tribunal arbitral CIADI, declaró fundada la demanda el 21 de marzo del 2024 por retrasos en la entrega de los terrenos afectados en el proyecto del diseño originalmente establecido.

Otro caso resuelto también en contra del Estado peruano es el caso de la Sociedad Portuaria Kuntur Wasi, el famoso aeropuerto de Chincheros, aquí cerca adonde estamos, en donde el Estado, decisión política que trae consecuencias como la que estamos comentando, anuló de manera unilateral

un contrato que venía ejecutándose, y el tribunal arbitral consideró que se había violado los términos contractuales, y, en consecuencia, el Estado peruano fue obligado a una indemnización de, aproximadamente, sesenta y tantos millones de dólares.

Otro es un caso que sí ha llamado mucho la atención, que también lo hemos perdido. Es el caso del Gramercy Funds.

Como se acordarán, en el gobierno de Velasco, se expropiaron una serie de inmuebles, de bienes y el Estado peruano emitió bonos, esta empresa grande Gramercy Funds compró estos bonos de la reforma agraria a los herederos ya de lo que habían sido los sujetos masivos, expropiados, y este es un caso que salió por mayoría contra el Estado peruano.

Y lo interesante aquí es una ejecución que ha comentado Ignacio sobre el tema de qué se debe considerar inversión, un tema sumamente interesante, porque lo que argumentaba el Estado peruano es que lo que habían hecho estos demandantes, los compradores de los bonos a los herederos de los expropiados de la reforma agraria, era, simplemente, una especulación mercantil, no era una inversión. El Estado peruano, la economía peruana no se había beneficiado con un aporte de nada, no habían comprado ni siquiera un tractor; no había habido una promoción del desarrollo económico. ¿El uso del instrumento financiero como bonos produce valor? Es una especulación relativa, esa es la pregunta que hay que formularse. Entonces, ¿debe ser protegida por el Tratado de Washington o no? No hay un estándar preciso, hay una serie de decisiones contradictorias.

Le comentaba hace unos minutos a Elvira que, hace unos años, el primer caso que tuvo el gobierno de la República del Paraguay era un arbitraje CIADI, fue de unos inversionistas peruanos, justamente. El caso se llama Eudoro A. Olguín y otros contra el Gobierno de Paraguay donde estos señores compraron, justamente, bonos de un banco paraguayo respaldados por el Banco Central del Paraguay. Se van por quiebra y dicen: «El Estado de Paraguay me debe», y el CIADI, ya en el arbitraje del CIADI les dice: «No, señor, eso no es una inversión posibilitada o respaldada por el Tratado CIADI, es una especulación mercantil, y, en consecuencia, infundada la demanda.

Y también, en ese mismo caso, se trató el tema de Olguín, que era ciudadano peruano, de nacionalidad peruana, pero vivía en los Estados Unidos también por más de veinte años.

Y, entonces, Paraguay, el banco paraguayo, dedujo una excepción al considerar que no calzaba dentro del Tratado entre Perú y Paraguay, porque era ciudadano norteamericano. Y ahí sí el tribunal consideró que sí tenía la condición de ciudadano para poder aplicar el tratado internacional.

En fin, como ven ustedes, es un tema sumamente interesante que se da en una diversidad de casos. Bueno, en fin, no les voy a contar del caso Salini, creo que el tiempo se me está agotando, pero hay objeciones, tanto formales como de fondo, y, para terminar, en el caso del Gramercy Funds, que quería tratar, los bonos de la reforma agraria fueron admitidos como compensación por la expropiación de terrenos que, repito, fueron beneficiados los compradores, este fondo de inversión norteamericano que demandó, es verdad que demandó la fiolera de mil ochocientos millones de dólares, y es verdad que el Perú perdió, pero, aproximadamente, fueron alrededor de treinta millones, treinta y tantos millones de dólares que el tribunal arbitral consideró que tenía que ser indemnizado, pagado a este fondo de inversiones.

Entonces, el voto disidente es sumamente interesante, es muy crítico al voto de mayoría. Pero, en fin, estos son los casos CIADI dentro del tiempo que me han adjudicado.

Muchísimas gracias.

Ignacio Torterola: Palabras de nuestras amiga y colega Marisol Ellis.

Marisol Ellis: Gracias, gracias, Ignacio, nuevamente, buen día y el agradecimiento, obviamente, por esta oportunidad.

De hecho, lo que se ha señalado, tanto por Ignacio como por Gonzalo, me da la oportunidad de hacer unas reflexiones que quiero, conversarles sobre lo que es la realidad panameña en lo que respecta al arbitraje de inversión.

Pero, quiero puntualizar unos aspectos, y, precisamente, el que no haya un criterio uniforme sobre qué es una inversión, sumado a un hecho concreto. Normalmente, en nuestros países, la inversión va a provenir de un consorcio extranjero. Este consorcio extranjero, localmente, va a constituir un vehículo, sea la empresa que sea, para que acá en el ínterin se desarrolle la inversión.

¿Esto qué da como resultado? Que cuando se da un conflicto, va a tener una misma causa que origina la inversión, pero la misma causa que también origina un arbitraje comercial.

Y esta realidad cada vez se está haciendo más presente en el escenario panameño, que tenemos la misma causa de pedir, el consorcio o los integrantes, perdón, de este consorcio extranjero, cada uno, en función de su nacionalidad, invoca su propio tratado de protección para efectos de reaccionar, y, de igual forma, el vehículo local constituido para hacer la realidad de la inversión acciona a través del arbitraje comercial.

Esto es la realidad del arbitraje que estoy hablando, es algo propio de Panamá, pero, ciertamente, cada vez más, a pesar de que Panamá no es un país visualmente, que vamos a poner en las listas de arbitraje de inversión, no obstante, cada día más, cuando estamos viendo los números, actualmente, tenemos, alrededor de unos nueve casos, que están andando. Pero, de estos nueve casos, cuando uno mira en el espejo, entonces, tienes caso CIADI, pero, de igual forma, tienes casos de arbitraje comercial, y es, básicamente, lo mismo y es totalmente legítimo, totalmente válido.

Por otro lado, lo que sí ha hecho bien Panamá es reconocer que el Estado tiene que defenderse con propiedad, y así, como bien lo ha mencionado Gonzalo, la realidad colombiana también es la misma, en Panamá, en el año 2023 se creó una oficina de arbitraje para el manejo de los arbitrajes de inversión.

La idea no es que, localmente, se lleven las causas relacionadas, sino que se aglutine toda la información que tiene el Estado y que, ágilmente, se pueda gestionar toda la defensa estatal.

Esto es fundamental, es decir, la profesionalización del Estado en la atención de temas de inversión es crucial. Pero, además, básicamente, tiene lo que se puede considerar, quizás, un mal índice en las soluciones de arbitraje de inversión. En ciertas situaciones se han decidido unos en contra o favorablemente, pero, ahorita tenemos nueve y hay que ver cuál será el resultado, y se avecinan varios más basados en esta realidad, y que surge de una inversión, y, posteriormente, tenemos tanto el arbitraje de inversión como el arbitraje comercial.

Hay un tema reciente que quiero comentar que para Panamá se tradujo en una historia de éxito en una decisión reciente del año 2024 de un tema que no es nuevo, y que se basa en algo que fue mencionado por Ignacio, y que son los poderes de policía que tiene el Estado. El Estado, obviamente, por la hegemonía que tiene, tiene el deber y el derecho de tomar decisiones en función y en aras del interés público. Pero, la pregunta que surge es ¿qué pasa con este derecho y deber que tiene el Estado, cuando las decisiones que puede tomar legítimamente pueden ir en contra de los intereses de un inversionista, que previo a la realización de la inversión, obviamente, ha realizado todos los estudios necesarios para la toma de decisión, y una vez esa toma de decisión atraviesa los canales respectivos a la inversión adquirida.

Tenemos una vía paralela: derecho y deber del Estado, pero, de igual forma, la protección legítima de la inversión, ya que, a través de las decisiones del Estado para el bienestar y el interés público, pueden dar como resultado la finalización de una inversión, o bien, la depredación misma de una inversión.

Y esto nos lleva a un tema que es altamente conocido en materia de arbitraje de inversión, que es la expropiación. La expropiación, propiamente, pérdida, que es la expropiación directa que es, fácilmente, identificable en un tipo de situación. Es decir, el Estado toma una acción pública, definitiva para la toma del control de propiedad, de lo que es la inversión. Y eso es transparente, y tendrá las consecuencias que corresponden.

El problema se presenta, realmente, cuando el Estado, basado en estos poderes de policía, toma una decisión regulatoria que es consecuente de lo que se llama una «expropiación indirecta», puesto que no hay una determinación formal, entiéndase, plasmada en una decisión en la que se dé la expropiación, pero el resultado es que la decisión legal priva al inversionista de su inversión, lo que representa, evidentemente, una pérdida económica, no solamente para el inversionista, sino, potencialmente, para el Estado porque cualquier inversionista que se vea privado o afectado en su inversión, lo que va a hacer es demandar; y, probablemente, por esta doble vía.

Aquí se juega una serie de preguntas y es, si, legítimamente, podemos hablar del criterio estricto del Estado, en función de este interés público, tomar decisiones que han ido en contra de tu derecho adquirido, que es el de los inversionistas.

Aquí no hay criterio uniforme, puesto que, y, particularmente, yo creo que una posición y la otra es bastante sustentable, pero, quizás, la parte gris está en la forma en la que se utiliza ese derecho del Estado, ya que, muchas veces, exprofeso, es que no estoy hablando de Panamá, estoy hablando a manera general, pintados de actos que parecen legítimos basados en este poder de policía y regulatorio, se toman decisiones cuyo objetivo es privar al inversionista, no solamente del beneficio económico, sino, simple y sencillamente, deshacerse de la inversión por la razón que sea.

En esos casos, evitar una apariencia de legalidad, ¿puede, efectivamente, usarse en la defensa efectiva del inversionista? ¿Cuál es la posición del Estado, si se expropia y se entiende que es legal? Criterios a favor, criterios en contra. Para nosotros y para más del año 2024, un caso que para nosotros tiene una importancia fundamental, puesto que, en nuestra corta experiencia en arbitraje de inversión, yo puedo decir que, al menos, tenemos un precedente propio. Se refiere a una casa de valores, cuyo inversionista, invocando, obviamente, el tratado, inicia un arbitraje CIADI.

Aquí, la particularidad se da en que yo creo que pueden ser discutibles, efectivamente, cuando estamos en frente o en un escenario de una casa de valores eso puede entenderse en una inversión, pero superado eso, aquí lo que falta es que el tema sea analizado, y se entendió que lo era, lo importante fue lo que se invocó por el inversionista. Y lo invocado por el inversionista es que la decisión administrativa, y aquí hago énfasis en «administrativa», puesto que no fue muy direccional, terminó con la liquidación de la casa de valores, y que, obviamente, tuvo una serie de consecuencias económicas. Lo que se decidió por CIADI, es que, efectivamente, en el ejercicio del poder de policía, siempre y cuando, se siguiese el debido proceso, la consecuencia de la expropiación indirecta es válida.

Y, en este caso, no se condenó a la República de Panamá; de hecho, se entendió que era válida la decisión. Hay decisiones que se puede comentar, de otros países, en las cuales, se ha dicho que la decisión, efectivamente, es válida para el procedimiento o no, y, por consiguiente, esa expropiación indirecta es impensable, favorablemente, para nosotros no lo fue, y se crea ese precedente interesante.

Por esto quiero decir que hay un tema que está sobre la mesa, que es interesante, yo creo que, tanto desde el punto de vista del inversionista como del punto de vista del Estado, y si tiene la razón,

y, simplemente, quiero dejar sobre la mesa algunas preguntas a consideración, de las que no tengo una respuesta específica.

¿Cómo creen que debería determinarse si una medida es una regulación legítima, una medida estatal o es una expropiación indirecta? Debe haber un catálogo, debe haber una serie de requisitos para que, de manera transparente pueda llegarse a una determinación. Solo poderes de policía no es una función suficiente para garantizar el derecho del Estado a su regulación. Algunos piensan que sí, otros piensan que no. ¿Cómo se puede equilibrar? Es aquí donde está el quid del asunto. Asegura el FIDIC para los inversionistas con la flexibilidad regulatoria del Estado.

Hoy, cuando hice mi inversión y tomé la decisión de adquirir un derecho sobre una base, no obstante, y, además, el Estado, basándose en una potestad que también es legítima, cambia las reglas del juego, se da una expropiación, ellos, simple y sencillamente, pierden la inversión porque se entiende que es ley.

Lanzo una serie de preguntas, puesto que es un tema muy interesante.

Con esto les agradezco la atención.

Ignacio Torterola: Finalmente, nuestra querida Elvira.

Elvira Martínez Coco: Muchas gracias, Ignacio. Muchas gracias también a la Organización Zambrano en la persona de Karina, y encantada de estar en Cusco ya hace un par de días en este XVII Congreso Internacional de Integridad, Construcción, Contratos con el Estado, JRD y Arbitraje.

¿De qué vamos a hablar? Vamos a preguntarnos qué debe hacer un árbitro frente a un contrato teñido de corrupción.

Veamos. La corrupción es uno de los males endémicos en el mundo. De los que más nos duele. Y los árbitros debemos de tomar conciencia de la necesidad de declarar la nulidad de contratos celebrados o ejecutados bajo el tinte de la corrupción.

Nos enfocaremos en la corrupción externa al arbitraje, no en la interna, que también existe, que se puede dar entre los propios árbitros, y quienes operan, y en algunas de las partes. Vamos a hablar de la corrupción externa del arbitraje; es decir, de la que se produce en la celebración de un contrato y que se presenta durante su ejecución.

La discusión la vamos a centrar en cuatro cuestiones. Primero, la nulidad de oficio que puede ser dictada por el tribunal arbitral. Segundo, el estándar probatorio de la corrupción en un arbitraje que tendríamos que tener en cuenta. Tercero, la casuística, y vamos a hablar de la prueba de corrupción de arbitraje, respecto del contratos internacionales o nacionales, pero todos ellos celebrados en el Perú. Y cuáles son los efectos de la nulidad en la casuística peruana, en relación a esos contratos de los que voy a hablar.

En primer lugar, el tribunal arbitral puede dictar una nulidad, y para eso cuenta con una herramienta maravillosa, y es el *iura novit curia*, que la tenemos contemplada en el artículo 7 del Título Preliminar del Código Civil. Este *iura novit curia* encuentra su obligación en la facultad establecida en el artículo 220 del Código Civil y nos dice la Ley de Arbitraje, debemos leer «árbitro», la posibilidad de declarar la nulidad manifiesta. Así lo ha reconocido la Corte Suprema peruana en el noveno pleno casatorio del Código Civil, en que señaló que, excepcionalmente, le ha permitido al juez, digamos árbitro, incorporar al debate cuestiones no alegadas por las partes, como, por ejemplo, la caducidad de oficio, la aplicación de la norma jurídica correcta, *iura novit curia*, y la nulidad manifiesta, máxime, si se ven comprometidos, y voy a subrayar, intereses públicos.

Tenemos muchos árbitros acá sentados con nosotros. Les pido que tomemos atención. Esta es una de las primeras herramientas que, sin lugar a dudas, debemos de utilizar. El artículo 220 nos dice que la nulidad, a la que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público, pero, lo más importante, puede ser declarada de oficio por el juez y por nosotros los árbitros cuando resulte manifiesta.

¿Cuáles son los requisitos que tenemos que valorar para declarar esta nulidad de oficio? Primero, que esta sea manifiesta, es decir, que nos hiera la vista, que hiera nuestros sentidos, que no necesitemos de prueba alguna para entender que estamos frente a una nulidad.

En segundo lugar, tener guardada la acción directa con la controversia.

Y, finalmente, es importantísimo, lo ha dicho el TC, debe de haberse promovido el contradictorio entre las partes, para que ellas hayan tenido durante el proceso, el derecho de ejercitar su defensa respecto a la posibilidad de que se declare esta nulidad.

Ahora bien, ¿cuáles son los estándares probatorios más utilizados en las alegaciones de corrupción en el arbitraje internacional, y que también los venimos utilizando en el arbitraje nacional? Por lo menos, yo los he venido utilizando. Entonces, vamos a ver.

Prueba clave y contundente, el primero de ellos; certezas razonables, el segundo. Tercero, balance de probabilidades o preponderancia de la prueba. Y, por último, el que más me gusta, es el de la prueba indiciaria o las *red flags*.

Veamos.

El de la certeza razonable. El de la certeza razonable es el grado de intensidad del análisis probatorio, de tal manera que se deba realizar un análisis de razonabilidad frente a la evidencia que existe en el proceso. Es la más dura.

Bajo este estándar, un tribunal no está compelido a esperar las resultas de un proceso penal en caso de que exista.

El balance de probabilidades o preponderancia de la prueba se enfoca en la posibilidad de que haya ocurrido la corrupción y tiene una intensidad menor del criterio de razonabilidad.

¿De qué se trata? Se trata de un análisis, simplemente, probabilístico, de la existencia de la corrupción sin que el tribunal tenga que llegar a la certeza de que la corrupción existe.

Y la prueba indiciaria, conocida como *red flags* o banderas rojas, se refiere a la existencia de elementos que, considerados todos ellos de manera conjunta, llevan a un tribunal arbitral al convencimiento de que la corrupción existió.

Difícilmente, lo sabemos todos, se encuentra una prueba directa de la corrupción que, por sí sola, deje en evidencia los actos corruptos. Los corruptos se cuidan muy bien. Por esa razón es que debemos de utilizar un estándar menor, el de las *red flags*, las banderas rojas que alertan de la existencia de hechos de corrupción. Una golondrina no hace verano, pero cuatro, cinco, siete, ya ustedes no pueden negar la estación en la que se encuentra, ¿verdad?

Muy bien. ¿Cómo podemos ver la casuística? El estándar de la prueba de la corrupción en el arbitraje de contratos internacionales y nacionales celebrados en el Perú.

Voy a hablar de casos en los que yo he participado directamente, ya sea como presidenta o como árbitro del tribunal.

En primer lugar, tenemos el expediente n.º 358362138 de la PUCP. Este caso es un caso *sin generis*. Es un *leading case*, como yo le digo siempre, porque es un caso de corrupción entre entidades estatales. Las tres eran entidades estatales. Acá no hay un consorcio, no hay un privado que corrompió a los funcionarios. No.

Estas tres entidades estatales se juntaron para obtener beneficios para sus funcionarios públicos: CÓRPAC, FINVER y la Municipalidad Provincial del Callao, celebraron un convenio para construir la sede de CÓRPAC por 53 millones de soles.

Evidenciamos serias irregularidades en el convenio. De arranque, cuando lo leí, me dio escalofríos. Se daba un adelanto directo de 31 millones, el 70 % del valor de la obra se dio sin parpadear. De arranque, ese contrato olía mal, ¿no es cierto? Y, es más, ninguna de las partes solicitó la nulidad del contrato. Claro, todos eran funcionarios públicos. ¡Qué casualidad! Y los abogados defendían a los funcionarios públicos que iban a pedir la nulidad del convenio.

¿Qué hice yo de presidenta del tribunal arbitral? Hablé con mis coárbitros y generamos el contradictorio, y le pedimos a las partes que se pronunciaran sobre la posibilidad de que nuestro tribunal aplicase la nulidad manifiesta prevista en el Código Civil. Tuvimos audiencias al respecto, pero terminamos aplicando el estándar de nulidad de prueba y resultados, y suspendimos el proceso. Yo quería aplicar el estándar de las *red flags*, pero mis coárbitros, mayores que yo, difícil encontrar mayores que yo, pero ellos eran mayores que yo. Fíjense, querían tener la plena certeza, y la plena certeza la daba el hecho de que los dieciocho funcionarios públicos que estaban procesados por esto ya tenían sentencia condenatoria en primera instancia. Faltaba la de la segunda instancia penal, y preferí suspender el proceso hasta que hubiera una sentencia definitiva.

Y así fue, y en cuanto se condenó a estos dieciocho funcionarios, declaramos nulo de oficio este convenio celebrado por corrupción. Es más, se procesó, justamente, a estos dieciocho funcionarios por la celebración de ese convenio. Muy bien, ahí se aplicó la prueba medular, la irrefutable; la que es imposible que la niegue hasta un ciego.

Vamos a un segundo caso que fue internacional. El primer caso arbitral *ad-hoc*, CNUDMI entre Rutas de Lima y la Municipalidad de Lima.

La Municipalidad de Lima, en este caso, invocó la corrupción fuera del plazo para presentar sus pretensiones. Les pedimos a las partes, en ese caso también yo era coárbitro y el presidente era Alexis Mourre; le pedimos a las partes sobre la posibilidad de declarar de oficio la nulidad, y generamos el contradictorio.

El problema fue que, al analizar... aplicamos las *red flags*, también, no aplicamos una prueba dura, con unas *red flags* era suficiente, pero la prueba que presentó la municipalidad era tan pobre en ese momento, estamos hablando de varios años atrás, fue el primer caso, entonces, no era suficiente para poder declarar la nulidad de oficio por nulidad manifiesta.

Muy bien. Vamos al segundo caso arbitral *ad-hoc* CNUDMI, también entre rutas de Lima con la Municipalidad de Lima. Aquí, ya habían pasado varios años y la corrupción fue invocada directamente por la Municipalidad de Lima. Los peruanos conocen perfectamente bien que ya se había abierto proceso a la alcaldesa de Lima de ese entonces. Ya saben perfectamente bien que el gerente general ya estaba preso, que se había convertido en colaborador eficaz; ya había cantado todo lo que sabía; que había explicado cómo se habían dado todos los actos de corrupción en sí.

Analizando las *red flags* en ese caso, pues mis coárbitros entendieron que no había corrupción en el contrato, y analizando los *red flags*, hicieron un voto disidente, señalando que el contrato fue producto de la corrupción.

Analicé todas las *red flags* porque son muchas, el auto está colgado en Internet, lo pueden ver todos sin el voto singular. Analicé el cambio de redacción, y para mí esta es la *red flag* más dura y más fuerte, el cambio de redacción desde la iniciativa privada y el contrato respecto a la de anulación.

En la iniciativa privada el riesgo estaba totalmente a cargo del contratista, mientras que, en el contrato, el riesgo estaba totalmente a cargo de la municipalidad.

Ojo, estamos hablando de una iniciativa privada que, por lo tanto, fue aprobada como tal, con contrato incluido por el concejo de la municipalidad y el contrato tenía que celebrarse exactamente en los mismos términos. Allí estaba la trampa. Pero, a la hora de celebrar el contrato, el contrato decía una cosa totalmente distinta.

De este modo, una concesión autofinanciada con recursos del contratista se convirtió en una concesión cofinanciada.

¿Díganme ustedes si no cambió el riesgo? Mis otros coárbitros se demoraron un mes más después de que yo mandé mi voto singular, cuando ellos ya tenían listo el voto para cambiar su voto, para aumentar cosas, y entre esas cosas que aumentaron dijeron lo que ya no podían negar. Evidentemente, el riesgo se había cambiado, pero, obvio, dijeron que esto no daba lugar al cambio de una concesión. ¿Qué cosa? ¿De qué me hablan? ¿Cambió el riesgo y no cambió la concesión? Bueno, en fin, cada cual es dueño de sus actos.

De todos modos, lo que me da mucha alegría es haber escuchado ya en varios congresos internacionales hablar del voto disidente que debió ser laudo.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de marzo del 2024, estoy hablando de nuestro Tribunal Constitucional, en el expediente n.º 01072-2023, con fundamentos de voto agregado de los magistrados Gutiérrez Tisce y Ochoa Cardich, han hecho suyo mi voto disidente en ese caso, en su integridad, destacando que se había generado un desequilibrio económico al convertir la concesión autosostenible en la iniciativa privada en un contrato de concesión cofinanciada. ¡Aleluya!

No se puede tapar el sol con un dedo, ¿cierto?, porque la luz siempre va a terminar por brillar.

Muy bien. ¿Cuáles son los efectos de la nulidad en la casuística peruana? En el caso de CORPAC, en el que todas eran entidades estatales, ¿qué cosa dijimos? Dijimos que no se podían aplicar los efectos naturales de la nulidad de un contrato con un fin ilícito. Esto, debido al carácter exclusivo y excluyente del presupuesto asignado para una entidad y para el fin público para el cual estaba destinado. Por lo tanto, lo que tenía que hacerse era revertir el dinero que se había dado a la entidad, a la entidad que le correspondía para que la aplicara al fin para el que originariamente había sido destinado. O sea, regresar las cosas a foja cero.

En el caso arbitral de Rutas de Lima, en mi voto singular, en cambio, las cosas eran distintas. Estamos hablando de un contratista y de una entidad estatal. En mi voto singular señalé que el efecto de la nulidad era aplicar el artículo 275 del Código Civil peruano, de tal modo que el efecto natural de realizar un pago para tener un fin ilícito es el de no poder obtener la repetición de lo pagado.

Al ser ambas partes culpables por los actos de corrupción, no tenían derecho al reembolso de ningún monto, ni a reclamarse daños mutuamente.

Hay muchos árbitros con nosotros acompañándonos hoy día y a ustedes amigos, colegas, quiero decirles que hoy más que nunca necesitamos árbitros valientes, árbitros sin vendas en los ojos, árbitros con sentido de justicia. A mis amigos árbitros que hoy me acompañan, les pido que no olviden que solo en nuestros hombros descansa la credibilidad del arbitraje como una herramienta idónea para alcanzar la justicia. Seamos eso: seamos valientes. Digamos lo que pensamos y hagámoslo con éxito.

Ignacio Torterola: Qué excelentes presentaciones para comenzar el congreso de la Asociación Zambrano.

Quisiera, por diez minutos, abrir a preguntas. A ver ¿qué preguntas tienen ustedes para nuestros panelistas que así seguimos disfrutando de su presencia?

Persona del público: Gracias, buenos días. Mis felicitaciones por las estupendas ponencias.

Trato de ir un poco a la presentación original de Ignacio con lo que mencionaba Gonzalo, y veía las cifras en las que mencionaba a Perú, esto de ser de los países más demandados, el más demandado no es un primer puesto que deseemos. Cómo esto se podría pensar que quizá la inclusión de la cláusula CIADI y los contratos de concesión que se derivan en una inversión, es una de ellas. ¿Por qué mi pregunta? Por qué incluirla o no incluirla tendría la cobertura por el tratado, en tanto se pusiera en riesgo la inversión por una expropiación indirecta, qué sé yo. La naturaleza de las controversias es totalmente distinta. O sea, poner una cláusula CIADI, comerciales, técnicas legales, técnicas de redacción de un contrato, podrían no estar diseñados para estas materias.

Y para la aplicación que acarrea a la imagen del país, porque Perú, a pesar del tipo de gobierno que tengamos, por fortuna, parece que sí respeta la inversión.

Esa es mi pregunta para ustedes.

Ignacio Torterola: Quisiera invitarte a vos para que empieces, por ser peruano.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Gracias, gracias.

Bueno, la misma pregunta se han formulado muchos árbitros, muchos abogados, y creo que la ley ya tomó conciencia de ello, porque era muy fácil establecer en las relaciones en convenios de estabilidad, en *capital investments*, unos CIADI, que no tiene mucho sentido hacerlo.

Tengo entendido que ya se están organizando los convenios de estabilidad incorporando cláusulas que no sean CIADI, sometimiento a CCI, sometimiento a otras instituciones. Pero, efectivamente, tu pregunta es totalmente válida.

Hay casos que no deberían estar en el CIADI, sin duda, pero, en fin, es el burócrata del momento que dice: «Bueno, apliquemos esta cláusula», y se pega y se pone y va, pero no es el mecanismo idóneo para resolver controversias. Y eso es parte de la paleta de colores que te da el arbitraje para escoger qué es lo que más se adecúa a cada una de las controversias que están surgiendo entre las partes. Es cuestión de conocer un poquito para decirle aquí no nos conviene ir al CIADI; CCI nos conviene, en fin, ya es un tema de los que administran los contratos con el Estado.

Ignacio Torterola: Sí, yo creo que para esta presentación que hice al principio para decirles algo distinto, y los quiero llamar a la reflexión, y no quiero, por supuesto, contradecir a Gonzalo ni a nadie más, ni a Juan Carlos.

Yo lo voy a decir, digamos, al contrario, como argentino. Fui abogado de Argentina en esos casos que iniciaron toda la ola de casos, pero tampoco es del CIADI, en el fondo, quien decide son los tribunales arbitrales, pero podemos pasarnos moras, los invito a todos los cafés que quieran para hablar de los distintos balances de poderes que vemos y creo que, en una frase, el arbitraje internacional no es ajeno a los balances de poderes que vemos en las relaciones internacionales. Después podemos charlar sobre qué quiere decir eso.

Ahora, yo estuve también, justamente, en la charla y con esa idea de que CIADI no era el lugar conveniente.

Ahora, en aquella vez, estuve de acuerdo, pero ¿saben qué?, pensándolo ahora creo que fue un error.

Primero, el funcionario que en los años noventa tomó la idea de someter a casos CIADI los contratos de inversión, estaba haciendo lo correcto. Por eso les mostré que el CIADI fue creado como un organismo del tipo para arbitrajes comerciales, no de arbitrajes de inversión. Entonces, estaba yendo al lugar por excelencia que habían utilizado los Estados, y que los Estados habían comparecido antes.

Pero, según dije, y por una cuestión de tiempo, ahora ¿qué estamos diciendo cuando vamos a la CCI, pero no vamos al CIADI? En realidad, estamos diciendo, vamos a ir hacia el lugar donde los laudos no se van a conocer. Y ese es un problema. ¿Por qué? Porque cuando no hay publicidad, y la publicidad es un principio republicano, cuando no hay publicidad, se excede el mandato sin tener ninguna responsabilidad. Se excede el mandato sin tener ninguna responsabilidad. Y eso no puede ser para una situación donde quien interviene es el Estado.

Entonces, yo les digo, los llamo a la reflexión, porque la única diferencia entre un tribunal CCI y un tribunal CIADI para resolver cuestiones comerciales, es la publicidad. Las personas que van a estar sentadas en un lugar y en el otro, les diría que van a ser exactamente las mismas porque el *pool*, el grupo de árbitros es siempre los el mismo.

Tercero, como argentino, justamente, y no solamente que llevé esos casos, sino que representé a Argentina en el período más difícil frente al CIADI. Estuve en todas las charlas bilaterales con el Gobierno de Estados Unidos. ¿Ustedes creen que los inversores extranjeros miran el número de casos ganados o perdidos, o que no tienen un análisis fino cuando analizan dónde invertir o no invertir?

Claro que sí. En Estados Unidos hay empresas que miran el riesgo político de los distintos países.

Entonces, tener casos CIADI no es una cuestión que afecta el clima de inversión. Lo que afecta el clima de inversión es tener casos CIADI, perder uno y no pagar, pero no tener casos CIADI. Y, como vimos, la mitad de los casos CIADI de Perú son comerciales y la otra mitad son de inversiones, y con lo cual, porque tengo inversiones y todavía son inversiones, tengo conflictos.

Entonces, yo, realmente, les digo tengan cuidado con ese cambio que están por hacer. No sé si al ciudadano peruano, realmente, lo va a beneficiar.

La segunda cuestión que quiero decir es: el SICRECI ha hecho un excelente trabajo. SICRECI es mirado internacionalmente como lo que se debe hacer para defender casos en materia de inversión, la idea del SICRECI.

Ahora, yo lo que veo últimamente es que hay muchos casos que lleva el SICRECI y que se han empezado a perder algunos casos.

Ahora, mi pregunta es: ¿es culpa del SICRECI? ¿Es culpa de los abogados que SICRECI contrata? O les diría que es culpa del funcionario que no cumplió con la regla, aquella regla que tenía que cumplir o del gobierno, en general, que no le da al SICRECI poderes.

El SICRECI es la mejor forma de, si ustedes tienen un arbitraje, si alguien va y les dice: «Les presento este caso», y ustedes ven que es un caso sin dientes, lo llamo yo, dicen: «Llévame a arbitraje porque lo voy a ganar».

Ahora, si tienes un caso que tiene dientes, desactívalo; es la etapa. Arregla allí, porque todo lo que viene después va a ser peor.

Entonces, yo, realmente, creo que, en materia de arbitraje internacional, Perú ha hecho las cosas entre bastante y muy bien. Yo sé que bastante es para ustedes tiene un significado distinto que el mío. Entre basta y muy bien. No sé si, realmente, tienen que cambiar. Si tienen que cambiar porque, simplemente, un día empezaron a pensar: «¡Ayl, hay mucho ruido en el arbitraje internacional. Esto me está afectando», o si, realmente, quién sabe, tienen que sentarse y hablar con el MEF de una manera seria, si, realmente, vale la pena el cambio o no.

Esa es mi opinión.

¿Tenías una pregunta? ¿Sí?

Henry López Solís: Sí, buenos días. Primero, felicitar a cada uno de los panelistas por las ponencias que se han efectuado.

Yo quiero hacer una pregunta para Elvira Martínez, y es, simplemente, para una precisión.

Cuando se plantea la nulidad manifiesta y hay un tema de corrupción, suele ser que plantean excepciones de incompetencia señalando: «Oiga, pero si tú dices que estás yendo por corrupción, es un tema penal. Entonces, eso no es materia de arbitraje».

Entonces, en ese caso, en tu experiencia, ¿cómo se abordaría una situación, eventualmente, de alguien que quiere negar esa posibilidad y no la tiene, y quiere iniciar arbitraje. Esa es mi pregunta.

Elvira Martínez Coco: Gracias, doctor López Solís.

Creo que ahí lo que cabe y lo que hemos hecho siempre en los tribunales arbitrales es hacer docencia. Un mismo hecho puede tener consecuencias tributarias, puede tener consecuencias penales y puede tener consecuencias civiles. Entonces, hay que explicarle en una muy buena resolución o si no es necesaria, una decisión, dependiendo del centro de arbitraje en el que usted se encuentre, esas diferencias para hacer ver que unas no se mezclan con las otras. Tanto es así que, en un proceso penal, la parte agraviada puede, caso peruano, constituirse como parte civil para exigirle indemnización por daños y perjuicios que demandan a la reparación civil. No se hace nunca. No se hace nunca porque si vamos a analizar a los juzgados penales, no saben valorar los aspectos civiles, y lo que usted obtiene por ese lado, pues, es una ridiculez.

Ahora, ¿nos han traído los argumentos? Sí, nos los han traído. Nosotros hemos explicado la experiencia y no ha habido después de eso reconsideraciones en ninguno de los casos, y tampoco ha habido pedido de nulidad de laudo por ello. Es más, en el caso, el primer caso de los que hablé, quedó oleado y sacramentado. Terminamos citando hasta a Sor Juana Inés de la Cruz, diciendo que «tanto peca el que peca por la paga, como el que paga por pecar». Creo que eso fue lapidable y ahí quedó. Hay que explicarlo bonito y lo entienden.

Ignacio Torterola: Solamente para completar y, pues, entiendo que tenemos que cerrar acá para los paneles que vienen luego.

En el arbitraje internacional, y esto se debería reflejar también en el arbitraje interno, las cuestiones de corrupción en primera situación de incompetencia y jurisdicción del tribunal arbitral, y hasta ahora, cuando se logra administrar, ha sido unánime el rechazar la jurisdicción del tribunal arbitral, en función del principio de que nadie puede argumentar su propia torpeza.

Y esto viene y en un caso bastante actual, en uno de esos arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional, puede que se llamaba el juez, fue famoso en aquel momento, y en un asunto relacionado a un contrato donde había habido un hecho de corrupción y el juez ya en aquel momento definió que este era un tipo de cosas en las cuales los tribunales, sean los tribunales judiciales o los tribunales

arbitrales no se podía, no podían juzgar por esos conceptos si un tribunal puede juzgar su propia torpeza.

Creo que la doctora Elvira nos está hablando de cuando no se ha alegado y esto llega al fondo, al mérito, pero si esto se debiera cortar en derecho. Creo que somos, y yo coincido, la primera línea de análisis que no debería dejar pasar este tipo de cosas como tal. Y también eso ayuda a que los negocios que hay, los negocios que hacen, que los negocios que remonten y favorezcan a la empresa pero que también favorezcan a la ciudadanía.

Elvira Martínez Coco: Después del caso que mencionas, y que fue de una tendencia jurisprudencial a nivel internacional, señalando que los árbitros sí podían ver los temas de corrupción. Y como está ahora la Cámara de Comercio Internacional, está dividida. Hay para uno y para lo otro.

En el caso que es CCI, primero, nosotros abordamos el tema de la corrupción por nulidad manifiesta sin que hubiera sido esto petitionado por las partes. En el segundo, habiendo sido petitionado, nos encargamos de conocer su argumento. Todavía hay tribunales arbitrales que siguen reacios a conocer temas de la corrupción.

¿Cuál es mi posición? Ya lo saben. Entramos como sea de frente, buscamos todo lo que hay que buscar y decimos todo lo que hay que decir.

Ignacio Torterola: Parece que no tenemos más tiempo para preguntas.

Muchísimas gracias.

PANEL II. DIFERENCIAS DE ARGUMENTACIÓN ENTRE UNA SENTENCIA Y UN LAUDO

Luis Fernando Rincón (moderador)

Manuel Diego Aramburu

Alberto Montezuma

Karina Zambrano: Vamos al siguiente panel, por favor.

Invitamos a los expositores del panel, el presidente del panel, Luis Fernando Rincón, Alberto José Montezuma y Manuel Diego Aramburú.

Tenemos a Luis Fernando Rincón como presidente del panel y no es fácil porque, además, él es líder de las competencias de arbitraje. Él lleva todos los años a los chicos para competir y han tenido muchos logros en Colombia, que sabemos un país líder en competencias. La única persona que le ha podido ganar es Elvira.

Y esa es la labor, es decir, los árbitros, normalmente, no se forman en las escuelas. Los últimos años se forman en competencias. Nosotros mismos en la cancha, tuvimos que aprender en el arte del arbitraje.

En cambio, ahora, la formación de los estudiantes y de los bachilleres, pues, es lento, entonces, es Luis Fernando Rincón, que es un gran conductor de las competencias, de las audiencias que, además, está entre los principales árbitros de Bogotá, Colombia, en la Cámara de Comercio.

Bienvenido, querido amigo, y es miembro del Consejo Superior de la Asociación Zambrano.

Luis Fernando Rincón: Les digo francamente, alegra el alma el estar acá siempre. Es mi cuarta vez en Cusco. Hay vuelo directo desde Bogotá, así que es fácil colaborar.

Bueno, es un honor de verdad el estar al lado de haber visto este panel que deja el listón alto, pero no me da miedo que den cuenta a los grandes conversadores que tengo acá a mi lado, como es Manuel Diego y Alberto.

Les decía que este tema que me fue asignado que no sé si les pueda hacer parecer un poco evidente, pero detrás de él hay muchas cosas que valen mucho la pena tratar en este panel, y para lo cual, creo que Manuel Diego y Alberto son los indicados.

Es el tema de la argumentación y la diferencia entre sentencias y laudos, de los cuales, probablemente, hay un fondo que vamos a mirar, tanto desde el comienzo de la argumentación y que hay un tema que viene de transversal.

Bueno, a Alberto y a Manuel Diego ustedes los conocen. Alberto, Montezuma, que es, pues, en el medio jurídico, uno de los mejores abogados; ejerce en diferentes centros de arbitraje en Perú, incluyendo el Chartered Institute of Arbitrators —CIArb— en Londres y candidato a FellowCIArb. Es miembro del American International Commercial Court AICAC en Delaware Estados Unidos y otros centros de arbitraje.

Alberto se ha desempeñado como profesor de cátedra, es profesor invitado en áreas de expertos en alternativas de conflictos en varias universidades de América Latina. Ha sido autor de publicaciones. Incluso hablando ya del concurso de arbitraje de docentes que organiza nuestro amigo Roque, y Alberto participó con el torneo del año 2022. Es un gran reconocimiento. Y, últimamente, ha sido reconocido por Leaders' League como uno de los árbitros recomendados del momento.

Por otro lado, Manuel Diego es abogado por la Universidad de Lima. Es graduado en derecho y ciencias políticas, comisión de postgrado de un LL.M. en Colombia. La práctica de Manuel Diego está en derecho corporativo, fusiones y adquisiciones.

Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima, AMCHAM, en la OSCE, de la Pontificia Universidad Católica y del Colegio de Abogados de Lima.

Ha actuado como árbitro en diferentes procesos en centros internacionales, entre ellos, CCI. Reconocido como árbitro de Chambers en banda 1 y en Leaders' League también.

Bienvenidos y la idea es que este panel sea más un conversatorio un poco moderado, teniendo en cuenta la labor que ellos hacen como árbitros y abogados en procesos arbitrales.

Alberto, además, no nos habías contado eso. Es que hace muchos años actuó como juez, y así que tiene mucho para decir para este panel.

Inicialmente, vámonos a una parte al título por el cual hemos sido invitados, y es, si verdaderamente, existe una diferencia una sentencia y un laudo o cómo se estructura, cuál es el pensamiento como tal de los jueces.

Manuel Diego Aramburú: Gracias. Primero que nada, agradecer a Karina. Un año más acá en Cusco; también me fascina venir, y la verdad es que me siento, casi, casi ya cusqueño. No me da soroche.

Sí, la verdad es que trato de venir todos los años, y me encanta. Mil gracias.

A ver, los árbitros no somos jueces, los jueces no son árbitros. Creo que esa es la primera respuesta a esto. Y hay una cosa que es bien interesante y a mí me gusta mucho decirlo: los árbitros no somos árbitros; los árbitros somos árbitros cuando estamos en un caso haciendo arbitraje. No tenemos un sombrero de árbitro 24/7, como los tienen los jueces. Los jueces son jueces permanentemente.

Una persona que puede estar en una lista de árbitros que no tiene ningún caso, no es árbitro. Es una persona que está en una lista de árbitros que puede ser designado árbitro. No existe la carrera del árbitro, no existe. Acá hay quinientos cursos de especialización porque nos los exigen las entidades estatales, la Ley de Contrataciones, pero la Ley de Arbitraje no nos exige nada, ni siquiera ser abogado.

Y ahí voy a hacer mi primer punto. La Ley de Arbitraje permite que las partes pacten que en un arbitraje de derecho haya árbitros no abogados, con lo cual, tenemos que decir que es posible que la motivación razonada que tienen que tener los árbitros es diferente a la argumentación que tienen que tener los jueces, o puede ser, definitivamente, puede ser.

Me voy a adelantar y voy a decir, no voy a tocar el tema, pero también existe el arbitraje de conciencia, lo cual exige que también la argumentación o motivación razonada sea diferente. Ese tema lo voy a tocar después.

Pero hay otros muchos factores: como cómo se eligen a los árbitros y cómo se eligen a los jueces. ¿Qué resuelven los árbitros y qué resuelven los jueces? Los árbitros resolvemos una controversia puntual, precisa, para la que nos han convocado. Y no es que tengamos jurisdicción plena. No, tenemos una jurisdicción, por llamarlo así, delegada, específica y puntual para un tema puntual. No vamos a crear derecho, vamos a resolver un problema, resolver una controversia.

Creo yo que la argumentación que tienen que hacer o motivación razonada, que tienen que hacer los árbitros para resolver el problema, tiene que ser aquella que sirva a las partes para entender por qué han resuelto su problema de esa manera, más que generar una pieza jurídica, tiene que ser suficientemente clara para que los que le dieron al árbitro el problema para que lo ayuden a resolverlo, entiendan por qué pueden o no tener la razón.

Básicamente, creo que las diferencias van por ahí.

Tú sigues Alberto.

Alberto Montezuma: Gracias. Bueno, no quiero dejar de agradecer a Karina, un año más de congreso, Karina, porque este congreso tiene un valor agregado que no tiene otro congreso. Está fundado en un criterio místico para hablar de este término, que es un tema espiritual que hace, porque lo que Karina nos recibe diciendo: «amigos».

Veán ustedes, y eso yo creo que hace: que hagamos de un esfuerzo, sino de un placer venir para compartir nuestras experiencias e ideas, y por eso yo creo que el espíritu de Karina es el que tiene la persona con las manos abiertas, que es para siempre dar y también estar dispuesta a recibir.

Y eso es algo que yo creo que es una de las enseñanzas que Dios me ha traído de este congreso, y es una de las razones por las que, desde la vez que me invitó de una manera particular, he venido y sigo viniendo.

Bien, este tema, particularmente, a mí me apasiona porque el tema de la argumentación de los laudos porque del ejercicio de cuanto hacemos acá en el Perú, siempre estamos pensando en el escrutinio que van a hacer los jueces cuando el laudo sea puesto en litigio.

Entonces, yo creo que suscribo todo lo que dijo Manuel Diego, pero, yo creo que, para analizar el laudo, yo creo que es muy importante que nos vayamos al origen. Y el origen es el convenio arbitral, y esto con la posibilidad de poder discutirlo o conversarlo más adelante.

Eso le cae, tanto al arbitraje comercial como también al arbitraje en materia de contratación con el Estado.

El convenio arbitral es la madre del cordero, y es un acuerdo, y tenemos que analizarlo así.

Entonces, y como dijo Manuel Diego, los árbitros estamos llamados a resolver una controversia, administrar justicia. Somos un organismo paralelo, es un medio alternativo.

Efectivamente, el fin ulterior es justicia porque sabemos que es un criterio procesal; venimos a reconstruir la paz social. Ese es el fin ulterior, pero, finalmente, venimos a darles respuestas a las partes. ¿Por qué? Porque ellas someten su controversia y sus posiciones para que sean resueltas, y es por eso que el convenio solamente tiene que ser por escrito y no está mal regulado.

Sin embargo, cuando hablamos del Poder Judicial, el Poder Judicial es distinto, porque en el Poder Judicial sí se administra justicia porque el mandato es dar tutela jurisdiccional, una tutela que no se pacta, que es propia. Acá vemos distinguidos procesalistas, maestros de procesal. Ahí está Luis Alberto Millán, que es por eso, estamos protegidos por esa tutela jurisdiccional, pero, en el arbitraje, las partes decidimos, por razones personales, para no hablar de comerciales, decidimos pactar que la decisión será mediante arbitraje, por los beneficios y ventajas que pueda esto tener.

Entonces, el final tiene que ser otro. Tal es así que, en la Ley de Arbitraje, solamente, dos artículos regulan este tema: el 55 y el 56. Dice que el laudo puede ser por escrito y firmado. Y el laudo puede ser motivado o no, salvo que las partes pacten que no haya motivación. Y eso es todo y no hay más.

Si nosotros hacemos la comparación de estas dos normas, con lo que dice el artículo 122 del Código Procesal, vamos a ver que existe un correlato de reglas estrictas para poder exigir que se deben cumplir.

Entonces, ante esa situación, vemos evidente que la argumentación tiene que ser distinta. La manera de pensar tiene que ser distinta, que los jueces sean llamados a resolver una controversia, en donde una de las partes se ha negado, se niega siquiera a ir a ver, porque lo ha dejado tirado en este caso.

Y, finalmente, la argumentación que yo creo que hay para muchos, no solamente les hago esta pregunta, si es distinta, porque los árbitros nos encargamos del caso en cuestión. Conversamos ahora en la mañana en el desayuno que pronto la carga procesal impone que un juez tenga que, si estuviera y fueran así las cosas, tenga que dictar dos sentencias diarias durante los treinta días para poder cumplir con bajar la carga procesal.

Y eso es evidente que eso es algo imposible. Los árbitros podemos tener muchos casos, pero cuando resolvemos tenemos que dedicarnos exclusivamente, y tenemos más tiempo. Nuestra manera de razonar se ve enriquecida por una serie de conceptos.

Luis Fernando Rincón: Una pregunta. El fantasma de la anulación. Los árbitros, cuando proferimos como eso, siempre estamos asustados un poco en que el fantasma de la anulación es algo muy grande, ¿no? Y el fin de eso, en la argumentación como tal de los árbitros.

Manuel Diego Aramburú: A ver, me voy a olvidar si no lo digo. Hay una cosa que también es bien curiosa; las formalidades son diferentes. Dónde se les puede ocurrir que exista una sentencia sin una firma. No existe una sentencia sin una firma. Sí existe el laudo sin una firma. Hay laudos que les falta una firma porque el árbitro se corrió y no quiso firmar. Claro, la ley da una salida al problema, pero puede haber un laudo con dos firmas y un nombre sin firmar. Porque, de repente, le pone el visto bueno el presidente y se corrió el árbitro, pero no hay sentencias.

En fin, sí, pues, el tema de la anulación cómo va creciendo, ¿no? De 5 % a 8 % y ahora estamos casi en 20 %.

Hace unos días, muy pocos, tuve un laudo con el presidente que fue Vocal Supremo, una gran persona, simpatiquísimo, y me tuve que sentar, pues, en el lado del árbitro, y me decía: «ayúdeme a redactar porque los jueces redactamos de otra manera». Claro, finalmente, los jueces, probablemente, redactan en un párrafo y dicen lo que tienen que decir, pero el temor a la anulación de un juez es diferente al temor a la anulación de un árbitro, hoy en día, con lo que está pasando en el medio.

Y, sí, terriblemente, sí. ¿Tenemos que escribir laudos kilométricos? ¿Tenemos que poner doctrina donde no es necesario y tendríamos que poner? Tenemos que cuidarnos del análisis de las pruebas. Casi, casi que enumerar pruebas de pruebas de pruebas de pruebas, porque nos van a decir que no vimos una prueba porque ya sabemos que no hay que señalar todas las pruebas en una sentencia, sino solamente las relevantes.

Pero, cuántas sentencias de anulación conocemos que dicen eso. Y lo más peligroso, que los jueces entran a cuestionar el fondo de la decisión, cuando les toca cuestionar la falta de argumentación del tribunal arbitral. O sea, que está prohibido. Claro, analizar que no analizó una prueba A o una prueba B o que no, la motivación o el razonamiento no es suficiente, no es analizar. Desgraciadamente, eso no es analizar.

Pero, qué ha venido pasando. Los laudos en el Perú han venido creciendo en volumen, en tamaño. Yo miraba mi laudo cuando yo empecé, hace bastantes años, tenían 20 páginas, 30 páginas, 25 páginas. Hoy los laudos, el más pequeño de los laudos tiene 50, 60 páginas. ¿Y cuántos laudos de más de 100 páginas hay? La verdad, este es un estándar absurdo a lo que nos está llevando el exceso de revisión que se está llevando a numerosos laudos.

Yo entiendo que el concepto es, claro, hay laudos en los cuales ahí está el Estado. De repente, los jueces los miran más que los laudos privados, yo lo entiendo, pero yo creo que las cosas tienen que medirse igual porque, si al final del día, el laudo que resuelve una controversia y lo hace igual que una sentencia, el estándar con el cual una Sala revisa la nulidad de una sentencia, hubiera sido igual que el estándar que revisa la nulidad de un laudo. Por lo menos, en cuanto a sustento, y creo yo, pero no es así.

Alberto Montezuma: Completamente de acuerdo, pero con el agregado de que las Salas no pueden revisar el fondo, y después, entonces, ya es un poco de ponerle una vacuna, primero, para curarnos en salud.

Porque la misión de nosotros es dictar un laudo. Y, entonces, si el laudo, al final, por una mala práctica por parte de los jueces superiores, de entrada, y por otra, indecisión de las partes de no querer ganar un pleito con un juez porque la misma norma de arbitraje establece que es bajo responsabilidad, y es tan abierta que puede ser civil, penal y administrativa. ¿Cuál es la que se pueda ejercer? Yo dejo a los abogados defensores que se pongan a pensar. Porque, si tienen un laudo suficientemente sólido o que se responde a cada parte lo que ha estado proponiendo durante el proceso, por ahí puede salir alguien y decir: Dígame usted ¿por qué ha interpretado esto así? Yo lo he interpretado de esta manera».

Y, evidentemente, todos decimos: «Señor, esto no es una interpretación como regula la norma».

Pero ¿qué tenemos que hacer? Por recomendación de diferentes personas responde eso porque va a ir a anulación, y, si no lo responde, la corte va a decir: «No lo dijo, no lo respondió». Y, en consecuencia, no hay argumentación.

Entonces, entramos en esa vorágine, ¿por qué? Porque nosotros entendemos que tenemos que cumplir una misión, que es dictar un laudo válido y ejecutable.

Entonces, por eso yo reclamo a los defensores que consideren la posibilidad de poder recurrir a la aplicación de esa norma de la ley y hacer responsables a las personas que se meten donde no las han llamado.

Yo lo dejo ahí, pero, si nosotros tenemos la misión de dictar un laudo válido y ejecutable, cumplan también ustedes defensores la misión de sostener ese laudo en las cortes, porque, muchas veces, se deja pasar, o por confiados, el tema de que, simplemente, a pesar de todo, se resignan y regresan a los tribunales para que volvamos a pronunciarnos.

Un panel arbitral puede estar compuesto por personas de diversas corrientes jurídicas, económicas, ingeniería o lo que sea. Entonces, dependiendo de a quién se tenga en frente, la estrategia puede variar.

Si estamos ante un juez, la estrategia, generalmente, es estándar, es legal, y hay que buscar el tema legal, pero, si estamos ante un tribunal arbitral, el tribunal arbitral más se va a ir por los hechos para entender el problema; entender lo que generó la controversia; entender cuál es la causa del pleito y quién tiene la responsabilidad de ese problema.

Entonces, yo creo que sí, que el estándar es distinto, y creo que he ido leyendo en el tiempo que los abogados han ido aprendiendo que el arbitraje no es un juicio. Hay una cosa que a mí me llamaba mucho la atención, hace años atrás, y no entendía por qué pasaba. Eran: fundamentos de hecho y fundamentos de derecho en una demanda, por alguna razón especial. Claro que no hay una razón para hacerlo. Puedes tú explicar lo que quieras o pretensiones, primera pretensión, pretensión subordinada, pretensión accesoria, jamás lo pongan. Pidan no más porque, si se equivocan, se les cae todo. Eso de

pretensión subordinada, accesoria, en el arbitraje no existe y solo se hace. No es obligatorio. Como acabamos de decir hace unos instantes, no es obligatorio.

Entonces, si son formas de plantear las cosas diferentes, y yo me atrevo a decirles, «pidan no más». Pidan, ¿qué quieren que se les dé? Pídanlo, diez veces, pídanlo: uno, dos, tres, cuatro. Pídanlo. Todas son principales. No tienen por qué hacerlo de otra manera. No es necesario hacerlo de otra manera. No es necesario.

Yo tuve la suerte de ser juez suplente hace mucho, cuando el Código Procesal iba a ponerse en vigencia, donde, en un período donde los jueces se fueron a capacitar con el Código Procesal.

Entonces, tuve la ventaja de trabajar no solamente con el Código de Procedimientos, sino también con el Código Procesal, y cuando conversábamos con Juan Monroy al respecto, y a él también le dije: «Pero, Juan, pero ¿por qué tienes que preocuparte hasta del margen, del margen que tienen que tener los papeles, los escritos arriba y abajo? ¿Saben por qué y por qué dice Manuel Diego, «sí, no lo utilicen»? Porque es necesario dictar reglas a las personas, quienes no saben que, en algún momento, se van a ver impugnar en un proceso judicial y, entonces, y los abogados tienen que comenzar a estandarizar, de hacer más fácil la labor del juez de poder entender, y por eso salen todas estas cosas.

Entonces, el Código Procesal comenzaba a hacer docencia. Antes era terrible, yo recuerdo. Se escribía por ambas páginas, por ambas caras de los escritos. Entonces, cuando el juez tenía que leer y pasaba a la página siguiente, no entendía porque no se veía. Porque acuérdense que antes no también había lo de la computadora. Era el papel carbón. Entonces, todas esas cosas.

Ahora, y la especialización se da en el ejercicio. Y así comienza y cumpliendo todas esas leyes. En el arbitraje, es distinto, como les dije, porque, si las partes pactan salirse de esto, y ellos acuerdan someterse al arbitraje, es porque están pensando; o sea, tienen otro razonamiento, tienen otro conocimiento, hay otra experiencia que es implícita, que tiene todas esas consideraciones que dicen.

Bien, por eso, regresemos al origen: ¿qué es el convenio?, ¿por qué se pacta?, ¿cómo se empieza? Eso marca la pauta.

El saneamiento procesal en el arbitraje es absurdo. ¿Y por qué es absurdo? Porque el saneamiento procesal significaba identificar que el demandante es demandante y que el demandado es demandado. Pero, en el saneamiento procesal quiénes son las partes, si no hay convenio y ahora podemos hacer una extensión cuando se trata del artículo 14 de esta ley.

Entonces, esto es distinto, pues, en eso hay que comenzar a recapitular para comprender que el arbitraje es distinto y la argumentación de los abogados es distinta. Primero, porque el plan que hay que desarrollar para enfrentar un juicio es distinto que el plan que hay que desarrollar para defender un arbitraje, porque la estrategia que vas a tener que utilizar en un juicio implica ciertas consideraciones factuales. ¿Cuánto tiempo tienes para demandar? ¿Cuánto tiempo tienes? Para demandar, todo el tiempo que quiera, hasta que tu acción no prescriba o no haya caducado por algo. Para contestar, de acuerdo al Código. Y, si te toca una audiencia, ¿cuánto tiempo te puede durar una audiencia para que tú expongas? A mucho pedir, ¿veinte minutos?, ¿quince minutos? Si tienes que defender una sentencia en la corte, ¿cuánto tiempo tienes para informar? ¿Cinco minutos? ¿Cuatro minutos?

OK, tu estrategia tiene que ser otra, evidentemente. Tienes que marcar puntualmente las cosas. Sin embargo, yo me puedo sentar con mi colega abogado y, en arbitraje, podemos decir: «Bueno, ¿cuánto tiempo necesitas para tu demanda? 40 días. OK, yo creo, pero vamos a comenzar a construir un proceso.

Desde ahí la cosa es distinta y nuestra estrategia es otra. Podemos, ahí, en la etapa de la audiencia preliminar es donde los abogados tenemos que ponernos finos para poder establecer cómo vamos a mover nuestro tablero de ajedrez.

Ignacio Torterola: Bien, Elvira mencionaba el *iura novit curia* en el arbitraje. Bueno, el *iura novit arbiter*, mencionaba la obligación como supuesto de nulidad manifiesta.

Manuel Diego Aramburú: Antes de entrar a este tema, lo que dice Alberto es cierto, pero hay una cosa más de la que nos hemos olvidado. En el arbitraje, la defensa no es cautiva. Entonces, estamos ya acostumbrados, no nos llama mucho la atención, en mis experiencias arbitrales, hablan los abogados en una parte, los ingenieros en otra parte, los economistas otra parte.

Yo creo que se ha discutido mucho el tema del *iura novit curia*, yo creo que ya es aplicable, pero hay que levantar una bandera, más que roja, morada, en este caso, siempre. Hay que decir que lo vamos a aplicar y sobre qué, y tenemos que abrir el contradictorio. Sí, sí, sí, porque nos pueden recusar por hacerlo.

Si tengo que pronunciarme sobre un aspecto de caducidad, tengo que dar a las partes la posibilidad de que se pronuncien y recusen. Claro, ¿por qué esto? ¿Por qué lo otro? Conversar sobre algo que las partes no me lo han pedido, pero, de hecho, sobre esos temas hay que pronunciarse. ¿Cómo en un arbitraje donde una parte es el Estado, no nos pronunciamos sobre la caducidad? Que es un elemento básico, pero en lo que cualquier juez se tiene que pronunciar.

Sí, hay que saber que el tribunal tiene que tener la posibilidad de que puedan argumentar. Y algo importante que me olvidaba de decirles y que tengo en la cabeza. Hay un artículo en la Ley de Arbitraje, que, si no me equivoco, es el 40 o el 41, que dice que los árbitros son competentes para resolver cualquier cuestión accesoria o subsidiaria que se presente en el arbitraje, y esta es una de ellas. O sea, eres competente para hacerlo. Lo único que tienes que hacer es decirlo.

Alberto Montezuma: Sí, justo, Elvira, en su presentación menciona el pleno casatorio civil, donde dice: «habrá» porque dice: «someter a debate», es decir, no debe nadie escandalizarse cuando el demandado deduce excepción de caducidad a la demandante, y luego, reconviene, y el demandante le deduce la excepción de caducidad.

Pero, algo que Elvira me ha llamado la atención y no hace mucho, es el *iura novit arbiter* a favor del Estado, y ha sucedido donde un árbitro, al momento, o sea, sin haberlo propuesto en ningún momento, interpreta la posición del Estado y sostiene que acá estamos llamados a aplicar esto.

No digo que pueda estar mal y tampoco que pueda estar bien, pero yo creo que, cuando menos, lo que hay que hacer es introducir esto al debate, porque, además, estamos haciendo *iura novit curia* o *arbiter* cuando introdujimos las cosas. O sea, le estamos diciendo a la gente: «Oye, por si acaso, habrán visto que en esa esquina pasa este bus». Cómo se sorprenderán, «Uy, vamos a ver que sí pasa», y comenzará la discusión.

Pero, al momento de resolver, invocar *iura novit curia* en favor del Estado y hacerle la defensa al Estado. El primero de los intereses del Estado es el primer interés que tiene todo peruano.

Pero, y qué hay de la igualdad de partes, del tratamiento igualitario en el proceso, el debido proceso en sí mismo, qué hay de que hemos pactado que se observen las cuestiones que cada parte propone. En fin, no podemos, yo levanto una bandera roja y otro árbitro, en ese mismo tribunal me dice: Alberto, «está pasando esto». Los árbitros designados por el Estado, de pronto, sacan este tipo de resoluciones que es preocupante.

Yo lo pongo sobre el tablero porque tenemos, necesariamente, que pensar en este asunto y para que no cometamos, pues, errores gravísimos.

Luis Fernando Rincón: Bueno, la última, que el arbitraje debe quedarse. No sé, yo creo que todos los que han sido árbitros no es común arbitrar y que alguien, en los veinte años que llevo, me he visto enfrentado una vez, es con el único, será un salvadoreño que ustedes también encontrarán en este salón.

Manuel Diego Aramburu: Yo he tenido que hacer dos laudos en mi vida, pero les cuento cómo comencé con este tema del arbitraje de equidad.

Yo estaba haciendo mi tesis años atrás, y para los que los conocieron, mi asesor de tesis era Pepe León Barandiarán.

Y a Pepe León Barandiarán yo le pregunté en algún momento, de tantas cosas que le debí haber preguntado, qué se podía hacer con el arbitraje de equidad, hasta dónde podía llegar el arbitraje de equidad.

Me dijo: con el arbitraje de equidad se puede fallar contra la ley. ¿Contra la ley absoluta? Contra la ley absoluta. Lo único que no puedes hacer es ir contra el orden público, y no te confundas, el orden público no es una norma de orden público, es el orden público.

La verdad es que me ha costado mucho entender qué significa y cómo es la diferencia porque no es fácil, pero yo sí he tenido que fallar contra la ley. Yo he tenido que fallar contra norma expresa y contra una ejecutoria de la Corte Suprema. Y la verdad es que lo único que recibí fue una felicitación. Así que lo cuento con mucho orgullo, fue hace muchos años, y de verdad que sí.

Ahora, no es tampoco tan grande y tan arbitrario como lo estoy contando, pero había casos en los cuales sí había que fallar contra la ley.

Yo me acuerdo, no sé si este caso es real o no es real, pero a mí me lo han contado, y Elvira se debe acordar mejor que todos que antes había una norma en el contrato de compraventa que decía que como se había pagado el 50 %, ya no se podía resolver el contrato.

Bueno, yo escuché de esto. No sé si han hablado o no, repito, pero este ejemplo llegó a mi cabeza. Que se había celebrado un contrato de compraventa con reserva de propiedad, y se había pagado el 50 %, y no se pagó más. Alguien había entregado el dinero. Y eso tenía un convenio arbitral con una de las leyes anterior que decía que se presumía el arbitraje de conciencia.

Y, claro, parece que se encontraban en esta situación en la cual ya no se podía resolver el contrato porque la ley no lo permitía, como había reserva de propiedad, él seguía siendo el dueño del bien. Entonces, uno se autoejecutaba del bien, y salió un debate, y el tribunal en tiempo decidió fallar contra la ley, contra ese artículo y resolvió el contrato.

Sí es verdadero, y llegó a mí ese caso, y la verdad es que, claro, se puede fallar en contra de la ley, contra una norma imperativa, contra una norma de orden público, pero no es el orden público.

También hay casos de intereses porque la tasa de interés legal en el Perú es muy pequeña, y sé de laudos que se han fallado contra la tasa de interés legal porque no es suficiente para compensar el daño que se había generado. Los detalles no los conozco, pero he escuchado también esa situación.

Claro, hoy día el arbitraje de conciencia no es la regla, entonces, hay que pactarlo y es muy difícil pactarlo, pero, a la pregunta, yo creo que sí, que se puede fallar contra la ley, no de manera abierta, no

de manera general, pero conociendo un caso, y de acuerdo a la necesidad del caso, se puede ir un poco más allá de la ley, se puede fallar contra la ley o se puede prescindir de la ley.

Alberto Montezuma: Pero yo voy a contar otra cosa también vinculada con este tema que tengo el honor de haber estado en ese tribunal donde estaba Elvira, y lo presidía Fernando Cantuarias.

Entonces, en un contrato comercial vinculado con telefonía, pero con el mercado telefónico de la distribución de pactos telefónicos, y tenía una cláusula muy singular que decía que el arbitraje será de conciencia.

Entonces, la primera discusión que los abogados plantearon: cómo que arbitraje, si este es un tema técnico, tiene que haber esto, y comenzaban a explicar y tenemos que hacer un análisis jurídico y no sé qué. Se lo programo, pero el pacto, el pacto no es así, y se armó toda una discusión muy bonita porque, realmente, los miramos acá, los miramos acá, miramos a ambos lados y nos mirábamos la cara, y conversando el análisis fue el siguiente, sobre todo, para tranquilizar a las partes. Y me dicen: ¿Qué es el arbitraje de conciencia? ¿Cómo se trabaja un arbitraje de conciencia? El árbitro tiene que resolver conforme a su leal saber y entender las cosas.

Y el planteamiento dijo: ¿Quiénes son los que forman este tribunal? Tres abogados.

¿Cuál es el leal saber y entender de los abogados? ¿No lo es la ley? Y se lo preguntamos a las partes. Entonces, ¿cómo creen que podamos nosotros comprender el problema? No, jurídicamente, y las partes se quedaron tranquilas.

Evidentemente, que procedimos jurídicamente a resolver el tema. Pero, fíjense ustedes que el razonamiento, ahora qué hubiera pasado si no hubiera abogados; hubiera ingenieros, contadores y economistas. Bueno, el que preside, preside porque, en ese caso, de acuerdo con la ley, no se necesita un abogado para que presida el tribunal porque no es un arbitraje de derecho. Entonces, porque las técnicas que, de pronto, se tendrían que discutir, son criterios económicos, o criterios de ingeniería o puntos contables que llama al que organiza.

Lo dejo ahí para seguir pensando acerca de cómo este tema del arbitraje de equidad o de conciencia.

Karina Zambrano Blanco: Muchísimas gracias, ha sido un panel brillante como siempre.

**PANEL III. IMPLICANCIAS DE LA NUEVA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIONES PÚBLICAS
Y ARBITRAJE DE SEGUROS OBLIGATORIO**

Ricardo Salazar (moderador)

Igor Morales

María Sandra Ramírez Bernal

Juan Carlos Pinto

[Audio incompleto]

Juan Carlos Pinto: Para la contratación de obras y volviendo al sistema de entrega de proyectos que ya, de algún modo, va a tomar en cuenta la matriz de riesgos y la estrategia de contratación, va a ser muy importante saber qué tipo de sistema de entrega de proyecto es el que se va a escoger para determinada contratación, para determinada obra. Si es una de saneamiento, si es una de carteras, hospitales, si el equipamiento demora o no, la actualización tecnológica del mismo.

Entonces, para la elección del sistema y la entrega de proyectos y modalidades, pues, se tienen que analizar este tipo de criterios. Entre ellos, analizar el costo, la oportunidad de entrega, si es que tenemos una fecha límite, por ejemplo, con los Juegos Panamericanos, y debe haber un incentivo, que es extraño mencionarlo en temas de contratación pública, que lo entreguen en fecha, o en una fecha más temprana. Esto en contrataciones internacionales es muy conocido, pero en el Estado y en el reglamento de contratación pública es la primera vez que se ven.

Y, dentro de toda esta vorágine de conceptos, también va a ser posible que, dependiendo del tipo de necesidad y de obra, pueda juntarse por el uso de un contrato estandarizado de ingeniería y construcción, que es internacional.

Entonces, digamos que va a tener que haber un análisis bastante responsable en este tipo de obra de la cuantía, de la magnitud, del impacto y de la necesidad que va a tener el bien social.

Este es un *screenshot* de exposición de motivos en torno a los *build delivery systems* más utilizados internacionalmente. Entonces, está el *design big built* o tradicional, el diseño en construcción, el *managing contract* que se conoce como el BCM, el del proyecto colaborativo de alianza; y la norma, pues, lo positivo está en el artículo 171. No voy a entrar por temas de tiempo a leer los conceptos, los conocen ustedes a la perfección: construcción, diseño clásico, diseño y construcción, diseño, construcción, operación y mantenimiento, gestión, diseño, construcción y riesgo.

He tratado de copiar los artículos para que ustedes puedan entender cómo es que están puestos en la norma, y de qué modo es que va el Estado a tener esta responsabilidad, que el privado, obviamente, va a tener que contemplarlo, y quienes estamos aquí, la mayoría es de arbitraje y construcción, sepan también la lógica con la cual va a funcionar ahora el Estado y la materia de construcción. Los contratos estandarizados funcionan perfectamente en definición, lo importante es que ahora va a entrar, como les dije, dentro de la estrategia de contratación y no va a ser obligatorio para todos, sino que va a ser de manera progresiva y en programas piloto, de acuerdo a lo que la DGA saque en su directiva.

¿Qué contratos van a ser estos? Está en la exposición de motivos del reglamento. Todos sabemos que, dependiendo del tipo de contrato, según los términos FIDIC, el riesgo que traslada o al contratista ejecutor o los tiene el cliente con quien comparte; también sucede lo mismo en tanto al NEC.

Acá están los principales: el FIDIC rojo, azul-verde, verde, también está el amarillo, el plata.

El Hospital Lorena de Cusco, actualmente, ejecutándose, que debería acabar en diciembre de este año, es un FIDIC plata, pero que entró bajo la modalidad de convenio gobierno a gobierno, el FIDIC. Entonces, también entran a tallar, probablemente, las PMO.

Lo positivo es que el reglamento de contratación pública ya permite que se escape del sistema tradicional, que se entre a un sistema realmente distinto y que, incluso, se pueda pensar en utilizar un contrato estándar internacional.

Ya estoy sobre la hora, la solución y controversias para contratación pública va a incluir la aplicación de la JPRD, que ahora la «p» es de prevención, tan igual como los DABs que también son de *avoidance*, pues, esa ha sido una traducción.

Y, obviamente, después de ello, el respectivo arbitraje.

Gracias, he tratado de ser preciso con el tiempo.

Espero no haberlos abrumado con los conceptos y las normas mencionadas. Es un placer haber estado acá.

Ricardo Salazar: Muchas gracias, Juan Carlos.

Y para cerrar el panel, vamos a hablar de un tema que está vinculado al tema de conversación, exactamente, y focalizado en el tema de aseguramiento. Por ello, tengo una experiencia muy interesante en esta materia, es una experiencia en que es importante compartir, y para ello, está con nosotros María Sandra Ramírez Bernal, viene de Bolivia y es abogada con especialización en derecho de seguros por la Universidad de Salamanca. Es presidenta del CILA, del Comité Latinoamericano de la AIDA, que es la Asociación Internacional de Derecho de Seguros; a su vez, es árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia y Áreas Latam.

El tema que va a desarrollar es el arbitraje de seguros en Bolivia.

María Sandra Ramírez Bernal: Gracias. Es un privilegio estar aquí en medio de todos ustedes y debo decirles que me han recibido con tanta calidez. Gracias, Karina, por la invitación. Gracias por reunirnos en este noble propósito y gracias, bueno, voy a poner un cronómetro para no pasarme del tiempo.

Bueno, y gracias a todos ustedes, espero que sea bajo principio de reciprocidad. Espero recibirlos en mi país que ahora tiene muchos problemas. Es un país difícil de entender, pero imposible de olvidar.

Bueno, voy a hablarles de algo que, dentro de todo lo que funciona mal en Bolivia, funciona bien, que es el arbitraje mandatorio en materia de seguros.

Ustedes saben que el seguro es la actividad que concentra la fe del público. Es la forma que diseñó el ser humano para afrontar las pérdidas y de manera solidaria, las penas. Esa luz al final del túnel del siniestro el medio de protección mutua para que lo perdido sea repuesto, el error sea reparado, que lo robado sea indemnizado, que lo que se quemó sea pagado para que se reponga o se repare lo que no se pudo evitar para que el dolor dure poco, para que las penas duelan menos, y en responsabilidad civil, para que, reparado el daño, sea más fácil perdonar.

Ese es el seguro, y, por supuesto, como toda actividad humana no está libre de conflictos.

Les voy a pedir un ejercicio muy sencillo que me diga, bueno, son tres ejercicios, pero, solo vamos a hacer el del zapato.

¿Quiénes ven el zapato? ¿De qué color ven el zapato? «Rosado». ¿Todos? ¿Hay alguien que ve turquesa y gris? ¿Alguien ve el zapato de color turquesa? «No». ¿Seguro que no? ¿Alguien ve dos mexicanos sentados o dos músicos sentados? «Sí lo vemos».

Debo decirles en el ejercicio del zapato que hay personas que ven ese zapato de color turquesa y gris. Es la primera vez en un auditorio que nadie lo ve turquesa y gris. ¿Tú sí lo ves? «Por la luz debe ser». ¿O puede ser la luz?

Vamos a hacer el ejercicio después. Pero, bueno, esto es solamente para syndicar que, en todo caso, no vamos a perder el tiempo, pero, en todo caso, vamos a hacer el ejercicio después con el teléfono, y les prometo que hay muchas personas que ven el zapato de otro color.

Y eso es porque el conflicto es, pues, precisamente, eso: la diferencia de conceptos, y, por supuesto, el seguro no puede estar exento de eso.

¿Dónde y cuándo se originan los conflictos en seguros? Y en esto sí ya voy a avanzar, simplemente, de manera indicativa. En la etapa precontractual, en la oferta, en el análisis erróneo del riesgo, en la suscripción del contrato no acorde con la voluntad de las partes que se refiere a las cláusulas abusivas, aquellas que el contratante no pidió porque nos tenemos que acordar siempre de que el contrato de seguros no es un contrato entre iguales porque se presume que la compañía en posición dominante es la que todo lo sabe, mientras el contratante asegurado es el que todo lo ignoró. Que no saben el seguro que necesita, que no necesita el seguro que tiene, que no tiene el seguro que quiere, porque el asegurado recibe la póliza, pero no necesariamente la lee, y, si la lee, no necesariamente la entiende, y, si la entiende, no necesariamente la entiende bien.

Por eso la ley lo debe proteger con la interpretación favorable ante la lesión, con apertura a condiciones particulares que adecúen el contrato a la necesidad del contratante y con anexos y cláusulas especiales para circunstancias especiales.

Otra fuente de conflicto, evidentemente, es la mala fe que se traduce en el fraude del seguro, y este es un delito cruel, porque hace que todos le roben a todos. Es de consecuencias crueles porque hace que una abuela le robe al nieto, y este le robe a su madre, hace que todos los defraudadores afecten a sus amigos y familiares, y los que no lo somos, seamos cómplices o encubridores porque no denunciarnos, no encauzamos, no regulamos, y en esto se hace real lo dicho: «que no me sorprende lo que harán los malos, me sorprende más lo que permiten los buenos».

¿Alguien fue víctima de un delito la última semana en el Perú? ¿Nadie? Pues, es mentira, es mentira. Todos ustedes fueron víctimas del delito de fraude de seguros. Todos los días. El 10 % de lo que ustedes pagan en seguros, se lo llevan los defraudadores. Así que calculen.

Otra fuente de conflictos es, evidentemente, la interpretación, saber lo que quiso decir el contrato de seguros. Al no interpretarse las cláusulas del contrato, unas por medio de las otras, atribuyendo el sentido que en conjunto sea el más adecuado.

Si se usan términos generales, el intérprete debe saber que no pueden comprender aspectos no contratados. Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar una obligación, no se presumirá que quiso limitarse su aplicación. A los casos no citados como el de ejemplificación.

En todo y ante la duda, ha de interpretarse el contrato de seguros *in dubio* pro asegurado y contra *proferentem*, para favorecer al asegurado, que es el contratante de adhesión, el que solo tuvo que firmar contra el asegurador, que es el que propuso la cláusula y tuvo mayor control.

Al aplicarse estas reglas para una mejor interpretación de los contratos como el de seguros, es un contrato de adhesión.

Otra fuente de conflictos, evidentemente, es cuando el siniestro se rechaza, cuando la casa se quema, cuando la mercadería es robada o cuando la cobertura es rechazada.

Estas son, brevemente, las causas de conflicto. Yo quiero hablarles de la provención como política. No es un error, es «provencción» con «o».

Parte del concepto «provenir» quiere decir «proveer» a las personas de las capacidades para enfrentar los conflictos. Sabemos que los conflictos son imposibles de evitar, pero se tiene que preparar a todos los actores para la provención del conflicto.

Y en este camino, como les dije, en un país donde todo va mal, debo decir, con sano orgullo que el arbitraje en seguros va bien. Hace 27 años, siempre recuerdo porque el arbitraje mandatorio en seguros tiene la misma edad que mi hijo mayor; y los dos van bien gracias a Dios.

Bueno, el arbitraje en seguros en Bolivia es mandatorio. Quiere decir que la ley, en su artículo 39 dice que las controversias de hecho sobre las características de un seguro deben resolverse a través de peritaje, de acuerdo a lo establecido por la póliza, y, si por esta vía no se llegara a una solución, pues tiene que hacerse, necesariamente, en sede arbitral a conocimiento de los árbitros.

Y esta es la reglamentación que, evidentemente, confirma que, por razones de tiempo, no la vamos a pasar, y ¿por qué se hizo y por qué se tomó esa decisión? Bueno, la razón es porque, precisamente, por la congestión judicial, que es también un mal del Perú y un mal de nuestro país, evidentemente, cuando los litigantes en conflicto, cuando concurren a alguna autoridad judicial, atraviesan, más o menos, las mismas dificultades que tuvo que atravesar el más justo de los justos que fue mandado de Herodes a Pilatos, y después terminó viendo cómo liberaban al ladrón y a Él lo crucificaron. Este es el tormento que pasan todos nuestros litigantes.

La falta de especialización es otra de las razones por las cuales se decidió. Evidentemente, la ignorancia no es un problema. Yo no sé cocinar y ese no es un problema porque no mato a nadie con mi cocina, y tampoco podría operar a nadie del apéndice y lo sé, y ahí estamos todos bien. El problema no es la ignorancia, el problema es la ignorancia de la ignorancia. No es grave no saber, lo grave es no saber que no sabemos. Y en esto nuestros jueces no saben de derecho de seguros, que es una materia especializada y tienen el derecho de no saber. Por eso es que es ideal el tema del arbitraje en seguros.

Estos son los principios de la ley de seguros que, con mucho gusto se los puedo compartir y los principios del arbitraje también, y destacar en la experiencia boliviana la total confiabilidad. No hemos tenido ninguna denuncia, por lo menos, en el centro de conciliación, ninguna denuncia de corrupción, ninguna denuncia de falta de confiabilidad, y algo que es destacable, el 100 % del cumplimiento de laudos en materia de seguros, sin auxilio de policía.

Es una muy baja necesidad, pero de los casos que van a arbitraje, el 100 % son cubiertos por las compañías sin necesidad de auxilio policial.

Y en los últimos segundos, simplemente, me toca decir que, como árbitros veremos la importancia de aprender para ser mejor, abrir la mente para resolver a favor del que tenga la razón, para ver la prueba con sana crítica y libre de prejuicio, estudiar la ley del caso con dedicación, reponer la pérdida al perjudicado y que pague el que causó el perjuicio, cambios que ambos comprendan que ni pagar es castigo, ni sobrar es venganza, y que bien resuelto el conflicto, valorar, pagar y cobrar es un acto de justicia.

Muchísimas gracias.

Ricardo Salazar: Solamente para dar cierre a la mesa, concentrar algunas ideas fuerza que pueden quedar para ser compartidas, de manera que la agenda de la contratación pública siempre es inacabable, así que no esperemos una ley final. Van a seguir habiendo leyes, ya la nueva ley nueva ha sido modificada con la ley de financiamiento y también con una fe de erratas que citamos antes. Así que eso no va a parar porque el entorno de la legislación.

PANEL IV. EL DEBER DE REVELACIÓN Y LAS NUEVAS REGLAS DE IBA

Marcela Filloy (moderadora)

Juan Eduardo Figueroa

Luis Alberto Liñán

Paolo del Águila

Marcela Filloy: En primer lugar, tenemos la ponencia de Juan Eduardo Figueroa, exjuez integrante de la Corte Suprema de Chile, exvicepresidente de la Asociación Chilena de Derecho de Construcción, presidente de la Comisión de Legislación de la Cámara de Construcción de Chile, director académico diplomado de derecho de construcción y derecho inmobiliario, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, y profesor del Eidelberg Center para América Latina.

Luego, tengo aquí el gusto de presentar a don Luis Alberto Liñán, socio de CMS Grau, lidera el área de solución de controversias y de conflictos, y además, cuenta con años de experiencia en litigios y arbitraje, abogado de la Universidad de Lima, maestría en Derecho Procesal y Solución de Conflictos de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, especialización en arbitrajes y contrataciones con el Estado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especializado en derecho procesal civil; y bien, profesor de la Universidad de Lima, de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Academia de la Magistratura. Ha sido reconocido por Chambers & Partners; Best Lawyers, Legal500 y Leaders' League.

Y aquí a mi derecha tengo a Paolo del Águila, a quien tengo el gusto de conocer ya hace unos años, incluso, mi experiencia con Paolo fue de las que se inició en los inicios del arbitraje en América Latina. Tuvimos la oportunidad de compartir los primeros pasitos cuando él estaba en el Centro de la Cámara de Comercio de Lima. Bien, ya han pasado unos años y ha desarrollado una brillante carrera.

Paolo es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, candidato a Magíster de Derecho con mención en Derecho de Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual por la misma universidad. Estudios de postgrado en la Universidad de Salamanca, España, y cursos de especialización en juntas de resolución de disputas por la Universidad ESAN. Fue secretario general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y miembro fundador de la Revista Peruana de Arbitraje y *past president* de la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal del Indecopi. Se desempeña como experto árbitro consultor y es profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, entre otras múltiples funciones.

Hoy nos toca hablar sobre la nueva reforma que se concluyó a fines de 1994, a las Reglas del IBA, en la base de él está el principio fundamental del arbitraje; uno de los principios fundamentales, que es la imparcialidad y la independencia.

Cuando hablamos de imparcialidad e independencia, no nos referimos o pensamos solo en los árbitros. No, señor. El principio de imparcialidad e independencia cubre no solo a los árbitros, sino a las mismas partes, a las instituciones, y hasta a los secretarios, cuando el sector del arbitraje es con secretarios. ¿Por qué? Porque sin esa imparcialidad y esa independencia destruimos la institucionalidad del arbitraje.

Entonces, cuando analicemos las Reglas del IBA, tenemos que pensar en el conjunto que comprende un proceso arbitral, incluso, cuando digo «las instituciones» porque deben de velar siempre por que sus árbitros sean imparciales e independientes.

Como sabemos, las Reglas del IBA que están sobre ese principio de imparcialidad implican el deber de revelación. Está consagrado en la norma 12, el artículo 12 de la Ley Modelo UNCITRAL, como saben, las Reglas del IBA son reglas *softlaw*, pero tienen un reconocimiento internacional absoluto, por lo que son la guía con la cual manejamos los temas de imparcialidad, independencia, y el más importante que es el deber de revelación de los árbitros, que, parte de darle la palabra a mis compañeros, la idea mía es introducir y dejar una inquietud o una experiencia que viví y es que la norma general 1 y la norma general 2 hablan de que el árbitro debe de revelar cualquier conflicto de interés

o cualquier circunstancia que pueda llegar a ser interpretada como un conflicto de interés ante los ojos de las partes.

Esto es un análisis, por un lado, objetivo, y por el otro lado, pues, es a lo que las partes sienten que es un conflicto de interés.

He visto casos en que en la práctica se recusa a cualquier árbitro, simplemente, porque, en realidad, si un árbitro revela no está admitiendo que no es imparcial o independiente, simplemente, está revelando porque se siente imparcial e independiente, y está revelando todas las circunstancias que den lugar para que, luego, las partes con criterio ven dentro de una lógica puedan recusarlos, si es que hay un conflicto.

El tema está íntimamente relacionado a dos cosas: una, primero a quien la relación y la norma 4, hay una posibilidad de renuncia de la parte a ese conflicto porque le interesa, ya sea por su capacidad, por su experiencia.

Entonces, a la hora que analizamos, aquí todos sabemos que las reglas son parte de un semáforo, el rojo: renunciable-irrenunciable, el naranja y el verde, donde se entiende que no hay ningún conflicto.

Como veíamos, los irrenunciables son situaciones que ya las normas han valorado por la experiencia, la práctica y ya esto es un proceso que lleva más de veinte años de regulación de las normas, y, entonces, han sido situaciones que ya reiteradamente se siente que es un conflicto tajante y ahí ni siquiera pueden las partes renunciar.

¿Por qué? En el caso de la irrenunciabilidad de los renunciabiles, entonces, tenemos las recomendaciones de las normas de las reglas que es que se tomen las previsiones para que esa renuncia sea claramente aceptada por las partes, y estén todas las partes claras en este tema.

Voy a dejar una experiencia en el tapete para, después, pulir sus criterios, y al final voy a hacer una reflexión sobre ella.

Resulta que había una parte que es *off-counsel* de una firma, no depende económicamente, no recibía un salario, maneja sus propios clientes y el socio de la firma está en un arbitraje con otro coárbitro y resulta que, por la experiencia y trayectoria del *off-counsel* lo eligen presidente del tribunal.

Resulta que recusan al árbitro diciendo que es que como están en la misma oficina pueden discutir, tienen más tiempo para discutir el caso o que pueda haber alguna situación jerárquica que ese socio le pueda decir que hay que fallar de esta manera y lo logra.

Definitivamente, no había ninguna. Y lo más simpático del tema es que esa recusación, de acuerdo a las reglas de la institución donde se llevó, tenía que resolverse esa recusación por lo que llaman la corte arbitral de esa institución, y aceptaron la recusación.

Cuando se preguntó ¿por qué? «Ah, no! Es que no solo hay que serlo, sino hay que aparentarlo».

Entonces, les dejo ese caso porque quiero reflexionar que el tema se ha, lamentablemente, bajado de nivel, y hoy en día los árbitros y las partes tienden a, simplemente, recusar por recusar, y eso está torpedeando la institución del arbitraje porque es una práctica no sana.

Lamentablemente, hay hoy en día y lo vivimos todos, donde muchas de las partes y los consejeros de partes no son expertos en el tema y te encuentras sentado como árbitro con partes que no entienden del sistema. Entonces, hoy en día, la labor del árbitro es mucho más fuerte, en el sentido de que hay que manejar, precisamente, a las partes, y las instituciones velar por situaciones para que no sucedan con cosas como la historia que les conté del caso que les conté.

Como estamos con señal de tiempo, voy pasando la palabra. Vamos a hacer dos rondas donde cada uno de mis coexpositores van a comentar sobre algún aspecto relevante sobre la novedad de las nuevas reglas, y vamos a hacer una ronda y unos minutos porque quisiera oír las percepciones del caso que les comenté.

Juan, si quieres iniciar.

Juan Eduardo Figueroa: Gracias, Marcela.

Bueno, la verdad es que esta guía, directrices de conflicto de interés tiene ya más de veinte años y tuvo una revisión en el 2014 y una nueva revisión el año pasado, y quizá es interesante comentar. Quiero en esta primera ronda comentarles una de las novedades que se recogen en esta modificación del 2024, que, de alguna forma, viene a recoger lo que ya los tribunales en diversas jurisdicciones estaban entendiendo, respecto al concepto de conflicto de interés, y voy a comentar tres casos que han sido resueltos, dos CCI y uno de la AAA americana, en que se analiza esta materia.

En primer lugar, cuando está enfrentado al concepto de conflicto de interés, tienen que preguntarse cómo se hace el análisis, y la primera pregunta tiene que hacerse al propio árbitro, si, para él, haciendo un examen introspectivo, existe alguna causal, alguna duda de imparcialidad o independencia.

Despejado eso, si el árbitro llega a la conclusión de que no existe, pasa a un segundo filtro. Y esto es interesante porque la regla del año 2024 lleva a un concepto de un *test* objetivo, y la idea es que la duda tiene que ser una duda justificada y a los ojos de un tercero, que sea una persona razonable.

Entonces, es interesante porque, en definitiva, no es una mera subjetividad, sino que el *test* que se hace es un *test* objetivo.

Y en esto quisiera comentar, como les decía, tres pronunciamientos, dos CCI y un caso de la AAA americana.

El primero de ellos fue un caso CCI Sport Autom de Daule, en que la corte de París anuló un laudo debido a que el presidente del tribunal había tenido una relación estrecha con el abogado de una de las partes, que se tomó recién conocimiento de esto, a raíz de que aquel falleció y no había revelado el árbitro el nexo que existía y se trataba del árbitro Thomas Clay, un gran árbitro internacional, que cuando falleció el profesor francés Emmanuel Gaillard, una gran eminencia en el arbitraje internacional, Clay hizo una publicación en que dijo que Gaillard era la guía o brújula en el mundo del arbitraje, que era el más brillante de todos, y que había logrado la hazaña de no ser criticado por nadie y de ser admirado por todos, y que su fallecimiento lo calificaba como una pérdida inconmensurable.

Y luego, en este artículo, Clay manifestaba que se iba a encontrar nuevamente en tres semanas más para audiencia en que actuaría como abogado de Emmanuel Gaillard, y yo como árbitro, o sea, el árbitro iba a ser Clay, y que esperaba escuchar de nuevo su formidable y filosófico alegato que era propio de un gran jurista.

Y, en base a esta publicación, la demandante que había recurrido al arbitraje recusó al árbitro Clay ante la CCI y se rechazó la recusación, y esto fue a la corte de París. Y la corte de París ¿qué es lo que estableció? Que se trataba de un tema que iba más allá de un vínculo académico y que el árbitro se había equivocado al no revelarlo, y que la información no revelada generaba una duda razonable acerca de independencia e imparcialidad. Y de ahí la corte de París anuló el laudo por la causal del artículo 1520 del Código de Procedimiento Civil francés, considerando que el tribunal había estado irregularmente constituido.

Después tenemos un segundo caso que es el caso de Equi Care, que es un caso con la AAA americana, que aquí una corte de distrito de Estados Unidos anuló un laudo porque uno de los árbitros había omitido revelar que habría sido representado años antes por el abogado de una de las partes en un caso de mala praxis, y, en definitiva, se trataba de que, en este caso, el laudo arbitral estableció un incumplimiento del que demandaba en la venta de *software* ecológico, pero consideró que los perjuicios no estaban probados. Entonces, la demandante recurrió en nulidad y el tribunal de California, sobre la base del artículo 10 de la Ley Federal de Arbitraje, fijó como causal de nulidad la evidente parcialidad del árbitro, y consideró la corte que el examen que tenía que hacerse era la razonable impresión de parcialidad pueda darse frente a una falta de revelación. O sea que, en definitiva, el criterio del tribunal americano, en este caso, para configurar que un laudo podía ser anulado, primero, es la capacidad de crear una duda razonable sobre independencia e imparcialidad del árbitro, y, en seguida, el tema de la omisión en revelar que había ocurrido en este caso.

Y, por último, les comento otro caso que también ha sido bastante comentado en la comunidad internacional, es que el caso Tampico. Que este era un caso CCI en que hubo un fallo de la Corte Suprema de Colombia. Se trataba de un arbitraje con sede en Chile, en que la demandada se opuso al reconocimiento del laudo, arguyendo que el conflicto de interés del árbitro propuesto por Tampico no había revelado que la firma en la cual era socio representó antes en una causa en el CIADI a la demandante, lo que transgredía el orden público internacional de Colombia. Ese fue el argumento.

Sin embargo, la Corte Suprema de Colombia otorgó el *exequatur* y negó la oposición, y ¿qué es lo que dijo? Dijo que la sola falta de revelación no constituye una causal de inhabilidad absoluta, sino que debe sumarse a hechos relevantes que demuestren una falta de independencia o una probabilidad razonable de parcialidad.

Son interesantes estos pronunciamientos porque, como podemos ver, este es un tema no pacífico y que da para mucho.

Bueno, en la segunda ronda les voy a completar un poco las reflexiones en torno a esta temática.

Marcela Filloy: ¿Luis?

Luis Alberto Liñán: Gracias, Marcela.

Primero, agradecer a la Asociación Zambrano, a Karina Zambrano por la invitación al evento.

Y sobre este tema de las Reglas de la IBA, yo quería referirme a un tema que está vinculado con la designación repetitiva de los árbitros.

¿Qué significa esto? ¿Qué implica? ¿Cómo está regulado en nuestra norma nacional y el reglamento de la Cámara y en los distintos centros de arbitraje? ¿Qué dicen las Reglas de la IBA? Sobre todo, intentar ver, si lo que las Reglas de la IBA señalan sobre este tema es aplicable a nuestra realidad, en especial, a los procesos aplicables en contratación con el Estado.

De eso quiero hablar en estos tres minutos que voy a compartir.

Implicaba una designación repetitiva; cuando una parte en un arbitraje, tu abogado designa a una persona en un arbitraje, por lo menos, en más de dos oportunidades.

¿Cuál es el tema de la designación repetitiva? Yo puedo nombrar un árbitro varias veces. Entonces, pero ¿por qué esto representaría alguna preocupación?

Sobre esto hay dos posiciones: determinar si el hecho en sí de designar un árbitro varias veces descalifica. Simplemente así o sí, además de la designación repetitiva, yo tengo que analizar las circunstancias. Si esa designación repetitiva implica una infracción a los deberes de independencia e imparcialidad.

Una primera posición es que la mera existencia en una designación repetitiva no debería, en principio, descalificar a un árbitro porque alguna parte puede tener varias razones para nombrarlo a él que es un árbitro. Por ejemplo, la confianza en las cualidades personales y que, finalmente, tiene el árbitro.

Hay algunos a favor diciendo: «Yo nombro a un árbitro porque es honesto, porque sabe, porque tiene un gran prestigio en la comunidad arbitral, por lo tanto, nadie va a dudar, aunque yo lo haya nombrado varias veces, que este árbitro va a afectar con su fallo el principio de imparcialidad e independencia.

A favor también se suele decir que es un arbitraje muy especial y que sobre esta materia no hay tantos árbitros que la puedan conocer, por lo tanto, no me queda otra que nombrar del pequeño universo a los que hay. Con lo cual, termino nombrando árbitros en forma reiterativa.

O también cuando hay arbitrajes conexos. Yo tengo un arbitraje y un conexo al otro y ya necesito que el árbitro que conoció el primero, por la conexidad de la materia controvertida vea el segundo arbitraje.

O también por falta de especialista en zona geográfica, en zonas rurales en general en el Perú y no hay especialistas, hay muy pocos árbitros, y no me queda otra que nombrarlo.

En contra se argumenta que el elevado número de nombramientos repetitivos podría generar la existencia de conflictos de intereses. ¿Por qué? Por considerar que detrás del nombramiento repetitivo hay una relación oculta de la parte que lo designa, la parte, su abogado y el árbitro.

Entonces, es cierto, la designación repetitiva tal cual, puede generar una legítima desconfianza. ¿Por qué? Porque si yo veo que alguien nombra al mismo árbitro, o un estudio de abogados lo nombra siempre, la pregunta es ¿por qué? Habiendo tantos que nombrar, la pregunta es vamos a ver si, en realidad, hay tantos que nombrar. Entonces, esto me genera una legítima desconfianza.

Pero el tema va un poquito más allá. Yo debía probar, adicionalmente, si esa designación repetitiva está infringiendo algún deber del árbitro.

¿Cuáles son las tendencias que hay sobre la designación repetitiva?

Primero, permitir designación repetitiva. No hay problema, si te han nombrado, cinco, seis, siete, ocho veces, permítelo. Que sean las partes las que decidan si es que lo van a recusar o no.

La segunda posición es más radical. Prohibir la designación repetitiva. Establecer por ley, como un reglamento arbitral, un número determinado de arbitrajes que puede conocer un árbitro. Lo cual les diría que es una tarea un poco complicada, cómo saber cuántos puede conocerlos, pero bueno.

Y una vez que se dé ese supuesto, el árbitro no puede ejercer la comisión, sin que las partes puedan convalidar ese hecho.

La tercera posición es que sean las partes quienes decidan. Sí establecer en las reglas o en las normas de los centros arbitrales, el supuesto en el cual se incurre en designación repetitiva y que esta sea una causal de recusación sin necesidad de aprobar nada más. Pero, las partes tienen la facultad de renunciar a este derecho si no la vemos.

¿Qué dicen las Reglas de la IBA en su modificación del 2024? Está este tema en el listado naranja, es decir, aquella que reúnen las circunstancias que la acción por las partes puede crear algunas dudas sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros, teniendo la facultad las partes de recusarlos, pero los árbitros la obligación de declarar sobre ellas.

Dicen: «dentro de los tres años anteriores, el árbitro fue designado como árbitro en dos o más ocasiones». Plazo: tres años. ¿Cuántos arbitrajes? Dos.

En la modificación incluye un supuesto que dice «ya no te voy a designar en un arbitraje, sino que fue designado para asistir al simulacro de juicios, lo dice, o en comparación, de audiencia.

Entonces, ¿cuál es el parámetro de las Reglas de la IBA? Tres años: dos designaciones.

¿Cómo aplica este parámetro al caso nacional? En el país, específicamente, me quiero referir a los procesos arbitrales en contrataciones con el Estado.

Todos hemos conversado ya desde el día sábado que nuestro país tiene una situación muy peculiar, en la cual el arbitraje en contratación del Estado es obligatorio, y contamos, más o menos, con tres mil entidades públicas, que, de hecho, generan, no tengo el número, pero muchísimos arbitrajes.

Por la legislación actual, las entidades tienen que elegir sus árbitros del RNA, hoy, aproximadamente, 340 a 55 árbitros, con lo cual, es evidente que, si se trata del Estado, la entidad tiene un pequeño problema porque el universo para elegir árbitros es pequeño. Pero, ya, bueno, pero esta ley ya está por lo que yo sé, por derogarse y va a entrar en vigencia la nueva ley.

Pero, en la nueva ley la situación tampoco es tan variable porque el árbitro tiene que reunir una serie de requisitos que están en la ley y en su reglamento, entre ellos, formar parte de las nóminas de centros de arbitraje inscritos en REGAJU o ser confirmado por los REGAJU.

Entonces, ¿qué pasa? ¿Podemos aplicar a rajatabla las Reglas de la IBA, que está hecha para arbitrajes internacionales, a una situación nacional?

Yo creo que esto es complicado porque nosotros, en los arbitrajes de contrataciones con el Estado, tenemos demasiados arbitrajes, tanto así que en este nuevo sistema no hay consenso.

En un documento público que está en la página web del Centro de Arbitraje de AMCHAM, se coloca, se cuelga el trabajo que hizo el grupo multisectorial creado en el año 2024. Y cuando llegaron a este tema sucedió una situación particular. Recuerden que en esta comisión de trabajo había un grupo del sector privado y un grupo del sector público. Cuando llegan a este punto, los miembros del sector privado no llegaron a un acuerdo.

¿Y qué pasó? El sector público junto con AMCHAM y los dos gremios empresariales del sector privado que participaron estuvieron de acuerdo en fijar un número máximo de asignaciones. Pero, no un número máximo para todos, sino un número que variaba según la entidad que designaba, porque no todas las entidades públicas tienen un mismo número de arbitrajes.

Esta posición no fue compartida por parte del sector privado como los centros de arbitraje y la Cámara de Comercio de Lima y el Centro de Arbitraje de CARC-PUCP.

Entonces, estamos viendo que es un tema bastante discutible, y, entonces, dijimos, bueno, vamos a las leyes. ¿Qué dice la ley nacional? La ley de arbitraje no dice nada, no toca el tema. Simplemente, dice que los árbitros tienen que delegar los supuestos que podrían darse, afectar su imparcialidad e independencia, pero no dice nada más al respecto.

Encontramos algo sobre designación repetitiva en el Código de Ética de AMCHAM, en el Código de Ética del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en la cual se dice que los árbitros, cuando intervienen en un arbitraje, tienen que revelar cuántos arbitrajes han sido asignados por las partes del proceso o por sus abogados, pero no dice nada más.

¿Qué pasa? Yo revelo, pero cuál es la consecuencia de revelar. Con lo cual, debemos entender que se trata de un supuesto común de recusación, con lo cual, además de revelar que tengo varios arbitrajes, la parte deberá demostrar que detrás de esa relación repetitiva hay afectación al principio de independencia e imparcialidad.

Entonces, ¿qué cosa discurre? Es un tema lo que queríamos poner sobre la mesa. No es momento y no pretendo en este panel darles una solución y decirles: «por acá vamos con un número determinado» porque 40 arbitrajes, 30, 10, ¿cuántos? Todos los arbitrajes son distintos, puede haber arbitrajes multiparte, puede haber muy complejos, muy sencillos, pero ¿cuál es el número?

Entonces, yo creo que es un tema que, si bien va a dar para seguir conversando sobre el tema. Mi idea es, simplemente, reflexionar sobre ese tema, ponerlo sobre la mesa e ir pensando cómo vamos a solucionar este problema.

Muchas gracias.

Marcela Filloy: Yo nada más quisiera una breve reflexión. El listado naranja está estableciendo, por ejemplo, el caso que acaba de comentar Luis, pero volvamos a ponerlo en perspectiva.

El listado naranja, lo que nos dice es: «Ojo, ahí puede haber un conflicto», pero primero, en el momento en que el árbitro está revelando, está cumpliendo con la obligación de revelar, y ahí es donde viene el ejercicio objetivo de la parte antes de recusar por el simple hecho de estar en la lista, que, efectivamente, se haga el análisis adecuado para determinar que, efectivamente, existe el conflicto de interés. La esencia es el conflicto de interés y, si puedo renunciar, y no existe, verdaderamente, tal conflicto y no prospera, y es ahí donde vuelvo a recalcar que hay que utilizar adecuadamente la norma, y no, simplemente, recusar en forma deportiva. El recuse no es un deporte, y las partes tienen que entender que están en otro proceso y tienen que respetar algo fundamental, un principio básico, el principio de buena fe que debe de imperar, y es de por vida a todas las partes involucradas en un arbitraje.

Paolo, te doy la palabra.

Paolo del Águila. Muy buenas tardes, todavía.

Gracias, Karina, por la invitación. Diecisiete años, el próximo año cumples ya mayoría de edad. Así que ahí sí todos podemos acostarnos después de las 12 y tomar licor, como no lo hemos hecho nunca antes.

Muy bien, es hora de almuerzo, así que voy a tratar de ser breve, siendo el último del panel, de este último panel de la mañana y tarde.

Si se dan cuenta, cada década, cada diez años hay una modificación importante en las reglas IBA, estas normas de *softlaw*, que, si bien son *softlaw*, creo que se usan a nivel mundial, sin ningún tipo de tapujos y está muy bien que se haga, y, de hecho, los reglamentos de los centros las incorporan en sus disposiciones porque son normas absolutamente bien pensadas y que se van adecuando a los tiempos. De hecho, que es interesante cuando uno ve la introducción de las modificaciones que hubo ahorita en mayo del 2024, cómo se apunta a ciertas áreas para la modernización de la reforma regulatoria en el tema de conflictos de interés, de la relación de árbitros, etc.

A mí, particularmente, me llamó la atención tres, que son un poquito de lo que voy a hablar rápidamente, si se puede. La relación de árbitros, la financiación de terceros, que es con lo que voy a empezar, y el caso de *status perito*, que es otro sombrero más que pueden tener los árbitros.

Sobre la financiación o el *third-party funding* hay unas novedades que es lo que vale la pena constatar.

Primero, la norma general, la 6(b), te dice o te prevé de algunas relaciones que, a veces, pasan un poco desapercibidas, pero que son muy importantes y que el árbitro tiene que tener en cuenta al momento de hacer su revelación, al momento de aceptar o, más adelante, durante el trámite del arbitraje.

Y aquí hablan de tres relaciones de la parte con otras personas naturales o jurídicas que van a tener implicancias en la revelación del árbitro. Me refiero a las versiones de control y acá hay todo un tema bien bonito en el ámbito, más que todo, societario y en competencia e interés económico directo en el resultado del laudo, y aquí estoy hablando, estoy pensando, principalmente, en los *founders*, y en la obligación de indemnizar a una parte por el laudo que se emita. Es decir, también puede haber un contrato en el cual digas: «oye, si yo pierdo, él te va a pagar». ¿Correcto? Y hay un contrato entre una de las partes y este tercero.

Ello hace que en la norma general 6(b) se hable de una potencial identidad entre estas personas jurídicas que financian, por ejemplo, con aquella que es parte del arbitraje, y ello también va a generar, a su vez, o va a guiar a que el árbitro tenga que tener sumo cuidado al momento de hacer la revelación.

¿Por qué es importante el financiamiento del tercero? Primero, porque es una práctica cada vez más usada. Justo vi un documento de la Learning Investment of London de hace un par de años que decía que en el arbitraje internacional, y estoy hablando de tres años atrás, el 40 % ya usaba a los *founders* para poder financiar sus arbitrajes, y seguro que ese número se debe estar elevando.

En el arbitraje nacional, en el peruano, todavía no es tan usado, pero sí conozco algunos casos que se empiezan y que ya se están utilizando y creo que es importante. ¿Por qué? Porque hay algunas ventajas comparativas en este uso del financiamiento de terceros. Básicamente, yo veo tres. La primera es que facilita el acceso al arbitraje. Es lo que a todos nos ha pasado, al menos, acá, a nivel doméstico, y los arbitrajes se han caído porque la parte, generalmente, el demandante no tenía el soporte económico para financiar el arbitraje, más allá de que ha podido ser un arbitraje caro, medianamente caro o barato. Igual no tenía la plata para financiarlo. Entonces, con el *founder* facilitar el acceso a este método de composición de conflictos. Tercero reduce el riesgo financiero, porque, finalmente, le dices: «oye, de lo que yo gane, tú te puedes quedar con tal porcentaje». Entonces, yo como financista ya evalúo mis riesgos, y te doy la plata o no te la doy; y, bajo los términos y condiciones, que yo creo que son los más apropiados para el negocio de financiación que estoy haciendo.

Y, en tercer lugar, también mejoran los niveles de negociación porque yo no voy a ser una parte pobrecita, que no tiene la plata, sino voy a ser una parte que tiene un respaldo atrás o un soporte atrás grandote que me va a permitir que pronto no llegar al laudo, sino negociar y transar en cuanto a esta opción porque tengo a un financista atrás.

De hecho, el financiamiento de terceros, pues, tiene también algunos desafíos o algunas amenazas, principalmente, también tres, una nueva trilogía. Primero, el tema de la transparencia, que es fundamental, y acá hay una chamba fuerte de las partes, el transparentar, si me permiten el verbo, pero existe, esta situación. O sea, el árbitro no tiene cómo enterarse, si es que la parte no se lo dice.

Segundo, conflictos de interés, y ahí entran a tallar las Reglas IBA, y sería bueno que los reglamentos, sé que algunos lo están haciendo o lo han hecho, tomen en consideración eso por un lado, ni

la relación solamente, ni el conflicto de intereses solamente va a estar del lado de la parte y sus abogados, representantes, apoderados, etc., sino también del financista y la regulación interna.

De hecho, les leo rápidamente la nota explicativa que me parece es muy interesante y en la razón de ser por qué las modificaciones de las Reglas IBA del año pasado las toca. Dice: «Los terceros financiadores Los terceros financiadores (los *founders*) pueden tener un interés económico directo en la tramitación o defensa del caso». Yo, particularmente, pienso que tienen un interés, o sea, no pueden, tienen un interés, definitivamente, porque hay plata de por medio; su plata y su ganancia. Ahí está su inversión.

Entonces, tienen un interés económico directo en la tramitación o defensa del caso. Pueden tener una relación de control sobre una de las partes, de hecho, sobre las partes que están financiando, yo creo que, no solamente es te doy una plata y nos vemos al final cuando ganaste, sino que hay mucha comunicación y mucha estrategia, incluso, procesal ahí, y también, lo dice la nota explicativa de la IBA, puede tener influencia sobre el desarrollo del procedimiento, incluida la selección de árbitros. Y eso me parece fundamental porque, repito, el *funding* no es como un amigo cualquiera que te da la plata, y, al final, espera su ganancia. No, yo creo que lo acompaña a lo largo del proceso y, además, lo acompaña a la designación de árbitro. Eso hace, estimados amigos, que el *third-party funding* termine siendo una situación que puede generar, por un lado, conflicto de interés, y, por otro lado, tiene que existir la necesaria concientización del deber de hacer transparente las partes respecto de quiénes son sus financistas.

En ese sentido, y, de hecho, en el listado naranja, por ejemplo, en el 3.3.4, se señala que, la amistad o enemistad del árbitro con el gerente, administrador, miembro del comité de vigilancia u otro equivalente, de la persona que tiene interés económico directo sobre el laudo o relación de control, tiene que ser revelada. La relación de control es un tema que vamos a ver en segunda ronda, si hay tiempo.

Pero, creo que es fundamental, entonces, que se ejerza con claridad esta doble vía. Doble vía que está regulada y que está muy bien dicha en la norma general 7(a); es decir, la doble vía, por un lado, la del árbitro que brinda a las partes, el deber de revelación que ya se ha explicado que es permanente, pero, también, a la inversa, el de las partes frente a los árbitros, los tribunales arbitrales, las demás partes, y los centros, tanto administradores como nominadores, porque si las partes no dan el insumo en el caso hipotético que estamos refiriendo, de los financistas, los *founders*, no hay manera de que el árbitro se entere.

Y eso también me hace coleccionar algunos problemas que, a veces, pasan al momento de la aceptación de la designación de cualquiera de nosotros como árbitros, por ejemplo, en el caso de consorcios, donde el consorcio está conformado, a su vez, por otras empresas de las cuales tú has tenido algún tipo de relación, sea por asesoría, consultoría o arbitrajes, y, de repente, no se da toda la información completa, o respecto de los representantes de aquellas empresas que forman parte, a su vez, del consorcio y sobre el cual están trabajando, y, por supuesto, que esto también vas a tener que revelar, pero, de repente, si no te transparentan la información, no sabes cómo hacerlo.

En otras palabras, y con esto termino, creo que hacen muy bien las modificaciones de las directrices de la IBA, en tratar la problemática de la financiación de terceros, porque es una realidad dinámica, es una realidad que crece muchísimo a nivel internacional y que yo creo que también se va a dar a nivel nacional.

Gracias.

Marcela Filloy: Gracias, Paolo.

Sí, definitivamente, nada más para agregar que con eso, cuando se lee la norma se deriva del manual y analiza cada una de las normas; habla del deber de investigación, ya que es claro que las partes tienen que centralizar en el deber de investigación para identificar ese conflicto de interés.

Le paso a la segunda ronda a Juan Eduardo.

Juan Eduardo Figueroa: Gracias, Marcela.

Olvíde hoy día en mi primera ronda agradecer a Karina Zambrano, a la asociación Zambrano por poder estar ya en este nuevo congreso. La verdad que parar en la ciudad mágica del Cusco es lo mejor que nos puede pasar.

Bueno, yo quisiera referirme a un punto muy específico que creo que es una de las espinas dorsales de las Reglas de la IBA sobre los conflictos de interés, y era el tema de la renuncia de las partes. Y esto es interesante porque en la modificación del año pasado se estableció algunas reglas que se habrían ido recogiendo por la práctica de los tribunales en diversas jurisdicciones, y es que aquí no solamente hay obligaciones para el árbitro, sino también hay obligaciones para las partes, y la idea es que las partes no pueden, simplemente, si saben que hay un potencial conflicto, quedarse calladas indefinidamente, y cuando les vaya mal, plantear una nulidad, sino que tienen la obligación de observar y de levantar el punto, y también tienen la obligación del deber de curiosidad, y estas nuevas reglas fijan un plazo de treinta días para objetar las partes a algún árbitro o abogado de parte que no les parecía, o porque descubrieron un potencial conflicto.

Y este deber de curiosidad uno se pregunta ¿hasta dónde llega? Hoy día las redes sociales, Google, ¿hasta dónde puede el *due diligence* que deben de hacer el árbitro y las partes porque el efecto que se produce en la preclusión de reclamar después. Entonces, es bien importante.

Y para esto, quería traer a colación un reciente fallo que hubo en un caso de la CCI. Esto fue resuelto antes que salieran las modificaciones del año pasado, pero ya venía el tema tratado a través del desarrollo jurisprudencial. Es un caso CCI, en que la Corte de Apelaciones de París rechazó un recurso de nulidad contra un laudo en el que se había rechazado la demanda, y se alegó por el demandante la falta de revelación del presidente del tribunal, conforme al artículo 1466 del Código del Procedimiento francés porque el árbitro no reveló que se le había hecho una apertura de una instrucción penal, y que se le acusaba de que, mientras presidía otro tribunal arbitral, había mantenido vínculos financieros secretos con una de las partes. ¿Y qué es lo que dijo? Esto fue a la Corte de Apelaciones de París. La Corte de París rechazó el recurso de nulidad porque el concepto fue que la situación era ampliamente conocida y que las partes habían faltado a su deber de levantar el punto a tiempo porque esto era un hecho público. Se conocía a través de las publicaciones, de las revistas de arbitraje, las revistas GAP se había aparecido y también uno veía en Internet y aparecía el tema.

En definitiva, la corte de París dijo que aquí no procedía la nulidad porque había precluido el derecho de las partes de reclamar.

Luis Alberto Liñán: Gracias.

Brevemente, lo voy a hacer lo más breve posible. Un tema que quería conversar con ustedes también es el referido a la disponibilidad de los árbitros. Es un tema que, a veces, nosotros pasamos por encima, pero, realmente, es importante, y los árbitros deben revelar, obviamente, causales que puedan afectar su deber de independencia e imparcialidad, pero también que hablen de su disponibilidad. Designar un árbitro implica que sea capaz de dedicarle el tiempo necesario para participar en el arbitraje.

¿Y eso qué significa? No solamente que dicte el laudo, sino que participe en las audiencias. Nosotros, como abogados y como árbitros nos damos cuenta en una audiencia cuando el árbitro ha venido preparado, cuándo es que se están informando los hechos y él recién se entera de los hechos. No puede pasar. El árbitro tiene que llegar preparado a la audiencia. Y el argumento es: «¡Ah, no tengo tiempo!». Entonces, ¿por qué aceptaste el cargo? Un árbitro tiene que tener tiempo para revisar la documentación, para realizar todas las tareas vinculadas con el arbitraje, para cumplir los plazos. Sabemos que el árbitro puede tener otras responsabilidades, pero si el árbitro se ha comprometido, tiene que cumplir con las obligaciones del arbitraje. A veces se dice, hay árbitros que pueden ver muchos arbitrajes porque trabajan en equipo, tienen un buen equipo detrás. Entonces, ¿qué significa eso? Está bien, el equipo los puede apoyar en temas, digamos, administrativos, en revisar documentación, pero lo que no debe pasar es que el equipo de dé una ayuda malísima e indelegable. No puede ser que ellos dicten un laudo. Eso no puede ser.

A ver, ¿cómo saber si el árbitro tiene disponibilidad? Hay dos posibilidades: ¿o confiamos en lo que dice el árbitro? El árbitro dice: «Sí, yo tengo disponibilidad». OK, le creo y vemos, en el camino, si tiene o no tiene. O la otra es fijar un límite de arbitrajes, decir: «OK, como en el caso anterior, tú puedes conocer “X” cantidad, más allá no se puede».

El gran problema es cómo fijar el límite. La nota práctica del Centro de Arbitraje de AMCHAM del 31 de octubre del año 2023 establece un límite de 40 casos arbitrables.

Cuando el centro de arbitraje va a confirmar los árbitros dice: 40. ¿Por qué 40? Siempre que son números es bien complicado hacerlo, ¿no?

Entonces, para no excederme con el plazo, simplemente, eso es lo que quería compartir con ustedes. Simplemente, analizar el reglamento en la Ley General de Contrataciones Públicas y que va a entrar en vigencia, establece la causal de falta de disponibilidad como recusación. Eso lo pueden ver en el artículo 370.1, inciso b).

Entonces, ¿qué debe pasar? Determinar muy bien cuando designemos un árbitro si tiene disponibilidad o no.

Poner un límite de arbitrajes que puede ver un árbitro, creo que es complicado hacerlo. Creo que es deber de las partes, primero, del árbitro, ser consciente de que puede asumir un arbitraje si es que tiene tiempo.

Y, en segundo lugar, que las partes cuando ven que el árbitro no está funcionando porque está llevando muchos, simplemente, pedir su remoción o su recusación.

Gracias.

Marcela Filloy: Invito a Paolo para comentar como el último punto del panel.

Paolo del Águila: Fíjense, relación de control, ¿no es cierto? Tiene que haber alguna general... primero, prever una relación de control entre una persona, generalmente, jurídica frente a una de las partes del arbitraje.

Primera pregunta o primera cuestión. Esta persona jurídica se hace de un paquete de acciones por el 51 %, de acuerdo al estatuto de la parte en el arbitraje, con el 51 % tienes posibilidad de manejo de gestión, mas no de toma de decisiones superiores o en disposiciones estatutarias importantes, como es la transformación. Lo que necesitas el 66 %.

¿Esa empresa que ha adquirido ese paquete accionario, y en la parte en arbitraje va a ser también pasible de tomarse en cuenta para la declaración del árbitro? Primera cuestión.

Segunda cuestión. Una empresa es insolvente. Entra en un concurso. Se nombra una junta de acreedores de administración temporal. La junta de accionistas, de acuerdo a la Ley del Concurso General, no tiene poder, ya no tiene gestión, no tiene administración. Como está el administrador nombrado por los acreedores dentro de una participación como árbitro, previamente, tengo que declararlo y, principalmente, sobre los acreedores mayoritarios, tuve también alguna asesoría de una municipalidad «X», ¿tengo que declararlo o no tiene nada que ver con el arbitraje?

Tercera cuestión. Entonces, una reorganización societaria. Tenemos que la empresa absorbente es la parte del arbitraje y absorbe a una empresa respecto de la cual yo tuve también una posición por ahí. ¿Tengo que declararlo, cómo queda esa situación?

A lo que voy con estos ejemplos, Karina, es que las relaciones de control nos dan, desde un ámbito societario, normas adecuadas, hechos de importancia, SMV, etc., un montón de situaciones sobre las cuales nosotros nos vamos a tener que expandir o salir de la caja en donde, normalmente, hemos estado de relación árbitro-parte para ver otras situaciones, principalmente, de componente comercial-societario, que nos va a dar luces al momento de hacer la declaración. La doble vía es fundamental, pues, sin eso, no tenemos el insumo.

Básicamente, les dejo las preguntas.

Marcela Filloy: Gracias.

Bueno, lamentablemente, no tenemos tiempo para preguntas. Les dejé en el aire el caso que comentamos y este tema tiene mucho que conectar y creo que la reforma y el estudio que hace cada diez años la IBA para actualizar sus normas es muy valioso y sus lineamientos deben ser resguardados y entendidos claramente, no solo en el arbitraje internacional, sino en el arbitraje nacional, como un refugio de estos muchos de los problemas que hemos visto ahora.

Gracias.

Karina Zambrano Blanco: Hola, muchas gracias al panel. Ha sido una presentación de lujo. Representante de Costa Rica, Marcela, Juan Eduardo Figueroa de Chile, Luis Alberto Liñán, Perú y Paolo del Águila.

Un fuerte aplauso. Gracias.

PANEL V. S.O.S.: LA SOCIEDAD LATAM Y LA BÚSQUEDA DE JUSTICIA POR LOS ÁRBITROS

Juan José Martínez (moderador)

Alonso Bedoya

Christian Guzmán

Giorgio Rosso

Alonso Bedoya: Veníamos desde un contexto nefasto y viene el señor Fujimori en 1990, un poco negando hacer las medidas que Vargas Llosa había dicho que se tenía que realizar, que era el *shock* económico: abrir la economía, privatizar las empresas, y, finalmente, Fujimori tuvo que hacer esas medidas, aunque dijo, aunque, finalmente, al principio, negó, y muchos de ustedes mayores que yo recordarán frase del ministro de Economía: «Que Dios nos ayude».

En ese contexto, en ese golpe tan fuerte es que comienza a abrirse el mercado; hay una fuerte ola de privatizaciones y se logra liberar el mercado; se promueve la economía social de mercado. Se trata de tratar de limitar un poco la participación del Estado, mediante el manejo de la economía, y gracias a esta intervención privada y económica que creo que reactivó el motor económico del Perú, y eso nutrió a esta primera ley de arbitraje en este marco regulatorio arbitral del Perú.

Años después siguieron los logros, los aciertos. Vino la primera Ley de Contrataciones con el Estado, que también era revolucionaria porque no se había visto nunca antes que las disputas entre el Estado y los inversores privados sean resueltas mediante un arbitraje. Esto le da, obviamente, le da al inversor extranjero, ya sea nacional o internacional, el respaldo, la seguridad jurídica de que, al saber que la disputa no se va a dar por cuenta del mismo Estado. El Estado era juez y parte, pero ya esta vez ya no iba a ser juez, sino iba a ser un tribunal independiente. Esto, obviamente, también estuvo atrás mucho la inversión privada, se mejoró el entorno económico y la inversión privada.

Saltemos algunos años hacia el futuro. Ya en el 2008 con la nueva ley de arbitraje, que es el Decreto Legislativo n.º 1071 que conocemos todos, que se tomó, básicamente, con las enmiendas de la Ley Modelo UNCITRAL del 2006, tenemos 25 años o más de la vigencia de las leyes, pues, siempre se da una materia constante que era el de desarrollo del arbitraje, que juega como el único mecanismo de resolución de conflictos, de tal manera que, brindaba más seguridad al inversor extranjero.

Un poco lo digo por mi experiencia cuando estaba en Londres. Yo estuve dos años desde el 2017 al 2019 y no podían entender y narrar el contexto cómo, realmente, el tribunal, el arbitraje podía ser obligatorio, siendo que todo lo que sabemos que la naturaleza del arbitraje es de libertad contractual, pero lo veían con una fascinación tremenda y me enorgullecía tremendamente explicar cómo funcionaba el marco regulatorio.

Pero, pasa ahora el 2015, y acá es cuando comienzan un poco las problemáticas del arbitraje peruano, en Latinoamérica en general, es que hemos tenido varios intentos de mermar la jurisdicción arbitral en el 2015 con diversos proyectos de leyes que, frecuentemente, modifican la Ley de Contrataciones Públicas, concretamente, tratan de modificar el funcionamiento del arbitraje; ponen más candados sobre materias que se pueden arbitrar y ponen más limitaciones para ser árbitros; crean registros nacionales de árbitros con requisitos casi inalcanzables para, incluso, los árbitros más experimentados dentro de la comunidad. Esto es desde el 2015, en adelante.

En el 2020 tenemos que, durante la propia pandemia, que en el mismo régimen parlamentario estuvimos un decreto de urgencia que se metió de contrabando y que modificó la ley de arbitraje, que, en verdad, no tenía por qué haberlo hecho. Bien podía haberse modificado la Ley de Contrataciones del Estado, pero ahí hubo un primer intento de socavar o de modificar la ley de arbitraje.

Pero, por si no fuera poco, años después tuvimos un primer ministro que, de repente, dadas sus propias limitaciones personales, se puso como meta eliminar el arbitraje y estuvo hace algunos años en el tapete, si es que se eliminaba por completo el arbitraje en el ámbito de contrataciones con el Estado, y si se volvía al antiguo régimen de que ya no existiera arbitraje y que las disputas con el Estado las resolvería el Poder Judicial.

Entonces, se planteaba volver a una figura totalmente centralizada y estatista de la resolución de conflictos, y, evidentemente, eso generó mucho ruido dentro de la comunidad. A Dios gracias, ese proyecto no prosperó, pero, lamentablemente, los ataques al arbitraje han seguido.

En mayo del año pasado, el Ministerio de Justicia, formó una comisión multisectorial para mejorar y actualizar la normativa en arbitraje. En este primer comité multisectorial participó el sector privado y el sector público y hubo una conclusión del grupo de trabajo que consideraba pertinente no hacer mayores modificaciones a la Ley de Arbitraje porque sabían muy bien que estaba basada en una Ley Modelo internacional y que eso promovía la inversión privada, y hubo una fórmula consensuada para hacer ciertas modificaciones, sí, en la Ley de Contrataciones con el Estado.

Lo curioso es que cuatro meses después el ministro de justicia, nuevamente, volvió a convocar a un nuevo grupo multisectorial, esta vez sí formado en su totalidad por el sector público con el mismo objetivo que, hace cuatro meses. La misma comisión dijo que no era necesario modificar la Ley de Arbitraje, ahora parece que está en discusión, que tampoco sabemos los detalles, la modificación de la Ley del Arbitraje.

A lo anterior debemos sumar medidas muy nocivas como la creación del Registro Nacional de Árbitros en un centro de arbitraje que se halla en Asia, que ha contribuido a la proliferación de centros de arbitraje que no cumplen con los estándares mínimos de calidad, y que atentan en contra de la seguridad jurídica.

Creo que todos acá, y, sobre todo, los pertenecientes a centros de arbitraje que saben un poco lo que ocurre acá, de ejecución de garantías reales y medidas cautelares muy dudosas, de muy dudosa procedencia; un abuso de la medida del árbitro de emergencia, que, finalmente, ha contribuido a destruir la imagen del arbitraje que tenemos internamente y hacia afuera.

Finalmente, estamos en una rueda viciosa en la que el arbitraje, acá lo estoy viendo, nos estamos ateniendo a una crónica de una muerte anunciada. Guerra avisada no mata gente, dicen, y por eso me gustaría concluir a todos los usuarios del arbitraje, poder ver cuáles son las problemáticas que nos ha llevado a esta situación, tan terrible. Yo creo que, si seguimos en esta situación, en este curso, vamos a terminar destruyendo el arbitraje, a nivel nacional, tanto en contratación pública, incluso, comercial y depende ya de todos nosotros ver cómo podemos contribuir a esta problemática.

Ahora le cedo la palabra a Jorge, que nos va a hablar justamente sobre la ineficacia del arbitraje.

Muchas gracias por todo.

Jorge Burga: Gracias, Alonso, por las palabras. Nuevamente, agradecer a Karina por la invitación.

Creo que hay un elemento que Alonso no ha mencionado que contribuye a o ataca directamente a nuestra labor como árbitros, y es el Ministerio Público.

O sea, yo creo que todos los que estamos ejerciendo la labor arbitral tenemos un caso. A Dios gracias yo no lo tengo, pero sé de muchos árbitros que tienen investigaciones preliminares hoy día. Y estos fueron sin ningún sentido. Y esto es algo que ataca directamente la labor del árbitro porque estos malos procuradores se dedican a hacer denuncias sin sentido, que, finalmente, terminan pervirtiendo la labor del árbitro. Los aumentan en una investigación que dura años, una investigación que no tiene ni pies ni cabeza. Muchas veces, yo creo que, en la mayoría de las veces, los fiscales no tienen la menor idea de cómo es el procedimiento arbitral y menos la contratación pública.

De hecho, como abogado, defendiendo dos causas de contratistas que se han sometido a investigaciones hechas por denuncias que no tienen ni pies ni cabeza, y llevan casi tres o cuatro años sometidos a los vaivenes de las decisiones de la Fiscalía.

Yo creo que no sé qué institución podría tener como un objetivo capacitar a estas personas, darles congresos, darles charlas, congresos para que entiendan cuál es la labor del árbitro. De hecho, todos conocemos los pedidos de prisión preventiva que tuvieron colegas, profesores, amigos, años atrás, y, lamentablemente, esa es una Espada de Damocles que pesa sobre todos nosotros porque el día que caiga una denuncia de estas, nadie te defiende. Ahí no vale que soy árbitro de la Cámara de Comercio, de la Católica, de la AMCHAM o de que estoy en el RNA. Ahí estás solo sometido a la voluntad de estas personas que, como les digo, no tienen la menor idea de cómo se lleva a cabo un proceso arbitral.

El hecho de que un tribunal se reúna para tomar una decisión les parece algo impropio, una corrupción.

Dictar una medida cautelar es un cohecho, y eso uno tiene que informarlo cuando esté frente a una designación arbitral. Y he visto un pronunciamiento para un centro de arbitraje que dice que, en las contrataciones públicas, el solo hecho de una preposición de una investigación, da una sospecha de un defecto de imparcialidad o de falta de neutralidad, lo cual a mí me parece un poco abusiva esta situación. Esto en cuanto a lo que había comentado Alonso.

Respecto del tema de la impartición de justicia por los árbitros, yo sí estoy convencido de que el proceso arbitral logra hacer justicia no totalmente, sino de una manera parcial. Les voy a explicar por qué, no sin antes decir que todos los que estudiamos derecho, entiendo, uno de los principales objetivos que tuvimos al estudiar esta carrera, era hacer justicia. Sin embargo, cuando estamos ejerciendo la labor arbitral, tenemos la gran responsabilidad de hacer justicia, valga la redundancia, ante una entidad, un contratista, y todo lo que eso supone, ejercemos un mecanismo que no tiene mayor crítica. Creo que no el proceso arbitral es llevado en gran medida por profesionales de primer nivel; está mi profesora acá también presente, Elvira, con la cual he compartido ya varios tribunales; amigos como Alonso, etc., que estoy viendo ahora mismo.

Por ese lado, yo creo que una de las principales ventajas que tiene el arbitraje es saber quién es quién. Y ese es un filtro que es indiscutible; y esa es su valía: quién es quién. Cuando uno ya sabe quién va a arbitrar un caso, sabe la calidad profesional y personal del árbitro. Como les digo, ese es su principal valor.

Sin embargo, como decía en temas de arbitraje en contratación pública, yo no sé si sea apostar como procedimiento, es eficaz, es eficiente. ¿Es eficaz en lograr el objetivo de la controversia? Yo creo que no. Yo creo que eso escapa un poco ya al arbitraje como procedimiento, pero sí al fin que le compete, que es la contratación pública, porque si uno tiene una acreencia y se somete a la Ley de Contrataciones, obviamente, y tiene que someterse para lograr justicia, y pongo el tema sobre la mesa, tienen que ir a conciliación, obviamente, a un procedimiento arbitral que dura un año, y después para lograr el cobro de la acreencia, entonces, ¿qué va a hacer? Va a tener que someterse a una anulación de laudo arbitral, posteriormente, a una ejecución de laudo arbitral, y, finalmente, a una programación de pagos.

O sea que, si uno, más o menos, sigue el procedimiento, establece la legislación para que obtenga la justicia, pues, puede estar sometido a un procedimiento que demora dentro de cinco a diez años, lo cual no es justicia. No es justo, y, lamentablemente, contribuiría a la corrupción, desde mi punto de vista, porque, si yo sé que, siguiendo el camino legal, tengo entre cinco y diez años para lograr que cobre una acreencia, quién sabe si alguien me ofrece una solución más rápida, menos engorrosa y efectiva, pero legal, opta por esa solución.

Es fácil señalar a alguien, pero también es más difícil entender que, tal vez, ese empresario que ha vendido bien esa propiedad, que ha prestado un servicio, que ha realizado una obra, que tiene o está hipotecado garantía frente al banco y tiene que someterse al camino de la legalidad, ese que he

señalado o, simplemente, tener un atajo y pagó una coima, básicamente, y tengo mi plata al mes siguiente, ¿cuál es el camino que elegiría? Tal vez por esa circunstancia es que seguimos hablando de arbitraje en contratación pública, de las bondades del arbitraje.

Yo no entiendo, tal vez alguien que está en la sala conozca qué pasa con estos créditos presupuestales. No entiendo por qué se ejecutan. Es tan controvertido, ¿por qué tienen que regresar al erario nacional? ¿Por qué los árbitros no podemos ejecutarlos sobre esta partida y hacer justicia? Porque si yo sé que tengo un problema con una entidad, voy a soportar el procedimiento arbitral, cerca del año o año y medio voy a tener mi dinero. No, no tengo por qué pagarle a nadie. Ya pagó, ¿por qué le vas a pagar al alcalde 10 % de algo si es algo que sabes que después tenga un resultado efectivo en corto plazo? O sea, va a pasar al congreso año tras año, y la problemática sigue. El Perú sigue paralizado, las obras no se realizan, la corrupción sigue en auge. Y, lamentablemente, un procedimiento que es muy bueno, que es el arbitraje en contratación pública, se ve, pues, perjudicado con estas situaciones.

Muchas gracias.

Alonso Bedoya: Muchas gracias, Jorge.

Ahora le damos el uso de la palabra a Juan José, quien nos va a hablar sobre la promesa aquí del arbitraje y las distorsiones que, en la realidad, se han presentado.

Bueno, nos va a hablar, específicamente, del arbitraje en contratación pública.

Juan José Martínez: Bien, muchas gracias.

Lo que voy a decir hoy, no será desde una perspectiva, es exclusivamente jurídica. Yo sé que en esta sala un alto porcentaje, probablemente, 80 % o 90 % de los miembros de esta sala son abogados, y yo también soy abogado, y hay algunos que no son abogados. Por ahí he visto a algunos ingenieros también, pero voy a plantearlo, más allá de la perspectiva jurídica desde una perspectiva que se llama *public policy*, o que se suele traducir al castellano como políticas públicas.

Esta es una disciplina que lo que hace es: estudia las decisiones y las acciones que toma el Estado, antes que las tome, y la idea es que también las analice después para ver qué pasaba, para ver que pasó.

Y, en realidad es una mezcla de derecho con economía y ciencias sociales. Y lo interesante de esta perspectiva es que no nos quedamos solo en la parte, en la tinta y papel, que es el derecho, sino, vemos por qué se adoptó determinada decisión, determinada ley, determinada institución establecida. ¿Qué pasó? ¿Cómo funcionó? ¿Cómo se dio en ese contexto social?

Entonces, esta mirada, como les decía, está un poco más allá de la mirada meramente jurídica en la que, seguramente, estamos expuestos, usualmente, por el hecho de ser abogados.

¿Cuál fue la promesa del arbitraje cuando recién se estableció? Y, particularmente, con el tema de las contrataciones del Estado.

Se nos dijo que el arbitraje era el sustituto confiable, y acá es una palabra económica, no es, era como un bien sustituto, uno que, si no tengo consumo de un bien, utilizo otro.

El sustituto confiable del Poder Judicial, porque el Poder Judicial es corrupto, es lento, los jueces son incapaces, no tienen conocimientos, etc., etc., etc.

Entonces, frente a esto, se nos metió este nuevo mecanismo, que era nuevo en esa época, hace treinta años, más o menos, que se nos decía que era mejor. Que solucionaba los conflictos de manera

más ágil, más rápida, que reducía tiempos, que nos permitía tener a estos semidioses que son los árbitros, que iban a actuar de manera más especializada, que estaban más capacitados, que generaban más confianza, que las partes los podían elegir, y, entonces, iban a escoger a estos semidioses, y algunos ya casi en el nivel de dioses, y, digo, en esta humilde sala, una diosa. Que, además, iban a ser neutrales, imparciales, ímpolutos, incorruptibles. Eso es lo que se nos ofreció. Así se nos marketeó, se nos vendió esa idea.

Y, adicionalmente, otra diosa acaba de decir algo por ahí, se estableció esto para las contrataciones con el Estado. Y eso generó un particular dinamismo. Del 100 % acá hay varias personas que son muy especializadas en arbitraje... del 100 % de arbitrajes que habrá hoy en el Perú, ¿qué porcentaje será arbitraje con el Estado? ¿70 %, 80 %, 90 %?

Es altísimo el porcentaje de arbitraje con el Estado.

Entonces, esa disposición donde incluimos de manera obligatoria el arbitraje para contrataciones con el Estado dinamizó el arbitraje. Entonces, eso también, nota a pie de página, me hace pensar un poco de todos estos que se cortan las venas cuando hablan de arbitraje, si quitamos el arbitraje con el Estado, ¿cuánto quedaría de arbitraje comercial o civil? Sería muchísimo menos, ¿no?

No es que esté criticando de hecho, todavía no se sabe lo que queda en arbitraje de terceros. El arbitraje es una buena idea, pero no es una fórmula mágica. Hay que romper esa idea que tenemos muchos abogados de que la ley, el derecho es como una fórmula, una varita, es una pócima en donde porque la apruebo, porque la digo, las cosas cambian. No.

De hecho, acá yo los invitaría a leer un libro que es muy interesante que se llama *Una república fundada en creencias* de un economista de clase mundial que trabajó en organismos internacionales que se apellida Basu, donde tiene una frase que me gusta mucho y dice: «La ley o el derecho no es otra cosa que tinta puesta en un papel».

¿Cómo es que esa tinta que está en un papel... ahora ni siquiera en el papel porque ahora *El Peruano* es virtual, pero ¿cómo es que eso que está en el papel cambia la realidad?

Entonces, lo que deberíamos hacer y lo que se hace en las políticas públicas es analizar cómo una institución jurídica, cómo la ley o el derecho, en el contexto en el que está, cómo nace, cómo evoluciona y cómo, a veces, se distorsiona.

De hecho, aquí también los invito a revisar, hay toda una teoría jurídica que se llama teoría del *transplant effect*, el «efecto trasplante», que es de una profesora muy conocida que ha estado en Harvard y en Columbia, que se llama Catalina Pistone. Y lo que dice, y, de hecho, aquí en nuestro medio, Fernando de Trazegnies es alguien que ha seguido esa línea de analizar el derecho de esa manera. Lo que dice es que el derecho depende mucho de las costumbres, de los valores, del contexto social, de la historia, del contexto institucional porque puede haber mecanismos o figuras jurídicas que funcionen bien en un país, y en otro país, generan el efecto exactamente contrario.

Y, a lo mejor, eso pasa en el Perú, y para poner, para hacer una analogía, ¿cómo creen que funcionaría un Ferrari en nuestro país? Como maneja la gente y con las pistas que tenemos. Ese Ferrari, que es un carrozo, ¿ustedes creen que duraría mucho tiempo siendo un carrozo?

Probablemente, no. Entonces, estas instituciones, como digo, no son una fórmula mágica en que, porque decimos que es arbitraje, entonces, va a funcionar siempre y va a solucionar todos los problemas.

Las instituciones jurídicas hay que analizar por qué las estamos estableciendo, y se supone que, si pasan por un análisis positivo, las implantamos y luego hay que ir monitoreando y supervisando e ir viendo cómo se han desarrollado.

¿Y cuál es el contexto peruano? ¿Cómo somos los peruanos? Los peruanos tenemos altas tasas de informalidad en todo, hasta para llegar a una reunión. ¿Cuántos han llegado a la hora a esta sesión? No respetamos las normas, la institucionalidad. Ese es un deporte nacional. Hay mucha conducta de aprovechamiento en todo nivel, todo tipo de personas, estamos como permanentemente buscando sacarles la vuelta a las cosas.

Y peor, se dice también que nuestro país, como seguramente en otros países de Latinoamérica, hay corrupción sistémica. La corrupción es parte del sistema, y no solamente de algunas manzanas podridas, como les gusta decir a los jueces en el Poder Judicial, sino que, a veces, hay cortes completas.

Yo les preguntaría ¿eso que pasa en el contexto jurisdiccional o judicial, no pasa también en el mundo empresarial, el mundo de los abogados, no hay, esas redes no se extienden ahí también? ¿Cómo ha funcionado, cómo han sido las costumbres del litigio en el ámbito jurisdiccional, en el ámbito judicial? ¿Ustedes no creen que eso, a lo mejor, no se ha trasladado también, todas esas malas costumbres no se han trasladado también al mundo arbitral? A lo mejor, sí. Por lo menos, debemos mirarlo con duda, con escepticismo y mirar qué ha pasado, mirar qué datos hay.

Y miremos algunos datos, que me ha costado conseguir datos, por ejemplo, respecto a la promesa de la celeridad.

El año 2017, la OECD, y Perú, supuestamente, quiere acceder a ese club exclusivo de miembros de la OECD, se hizo un informe sobre las contrataciones del Estado, el 2017. Y ahí en ese informe, ya se decía que, en promedio, los arbitrajes de contrataciones del Estado duraban 18 meses: año y medio.

Yo estoy seguro de que ocho años después, porque este informe es del año 2017, ese promedio debió haber subido. Y he escuchado por ahí historias horribles de arbitrajes que están durando tres años, cuatro años. Entonces, yo digo: «¿Qué? No era rápido, entonces». ¿Qué está pasando? Primera promesa que ahí habría que poner un signo de interrogación.

Integridad de los árbitros, de los secretarios arbitrales, de los centros arbitrales. ¿Ya no nos acordamos de la época de los arbitrajes *ad-hoc*?

Hace unos años, en estos eventos, todos hablábamos de los arbitrajes *ad-hoc*, y no hablábamos, precisamente, positivamente de los arbitrajes *ad-hoc*. Al contrario, decíamos las malas prácticas que había, las manipulaciones que había, y, de hecho, ese fue el argumento por el cual se incentivó migrar al arbitraje institucional. Y ahora, como alguien dijo, hay más chifas que centros arbitrales o centros arbitrales truchos que chifas. Esa frase es muy empática.

Y, luego, nos llegó Odebrecht. Tremendo golpazo al sistema arbitral. Entonces, ¿dónde están estos semidioses, dioses? Son ángeles caídos. ¿Qué pasó ahí?

Entonces, la institución por sí misma no soluciona los problemas, también me ha costado trabajo conseguir datos y, según diversas fuentes, hay alrededor de 250 centros arbitrales en nuestro país. Ustedes que son los más especialistas, a los super, ultra expertos en arbitraje, ¿cuántos conocen?, ¿en cuántos confían si hay 250?

Y también, según los datos que he logrado recopilar hay casi o alrededor de 3,500 árbitros. ¿Tan buenos son? ¿Tantos buenos hay? Otra pregunta al sistema arbitral.

Entonces, esto es un sistema donde hay informalidad, donde hay sospechas serias de corrupción, donde hay malas prácticas, ¿de qué estamos hablando, entonces?

Y en los últimos tiempos, y ya Alonso me ahorró, me ahorra hablar de esto, tenemos todo el tema del arbitraje de emergencia, tan discutido y tan discutible.

Entonces, en realidad, estamos aquí en una situación que, en economía, se llamaría una situación donde tenemos un mercado donde hay productos buenos, que somos los que estamos acá, y el resto que son los productos malos, y esto distorsiona el mercado; esto termina distorsionando el mercado.

De hecho, hay un montón de estudios en economía que ya señalan qué pasa, qué ocurre en un mercado cuando hay esas distorsiones en el mercado, donde hay asimetría de información. Y hay dos asimetrías de información porque, por un lado, no sabemos quiénes son los buenos árbitros, de los malos árbitros o los árbitros corruptos, y cuáles son los centros arbitrales donde las cosas se pueden arreglar o no. No está claro, no hablamos claro. Hablamos de los chifas, hablamos de los centros arbitrales truchos, pero, digamos nombres, pues. Revelemos esa información porque, entonces, ahí vamos a saber quiénes son.

Y, por otro lado, tenemos lo que también se llama en economía, «conducta oportunista», o sea, gente que, justamente, realiza acciones indebidas para aprovecharse de la posición en la que están. Me aprovecho de que tengo un centro arbitral y el chifa funciona como centro arbitral, y me aprovecho de que me dicen que soy árbitro y estoy por algún sitio que se llama centro arbitral, y ya arreglamos las cosas y ahí aparecen todas las malas prácticas.

Tenemos que hacer algo porque si no, y eso también ya lo predice la economía, este sistema va a morir; o lo que va a terminar pasando es que solamente se van a quedar los árbitros y los centros arbitrales de mala calidad. Y eso es lo que no queremos. ¿Qué tenemos que hacer frente a eso? alguna regulación tiene que haber. Requisitos mínimos, requisitos de integridad mínimos. Que podemos discutir cuáles, si son buenos, si son malos, si los cambiamos, pero algún tipo de requisitos tiene que haber.

Otro tema que debemos trabajar los que estamos en este contexto, además, que somos los de buena calidad, es autorregulación. Regulémonos nosotros, hablemos de nosotros, regulemos la información que conocemos sobre nosotros. Porque si no, cómo sabe el resto del mundo quiénes son los buenos y quiénes son los malos, quiénes son los de buena calidad y quiénes son los de mala calidad.

Hay, en general, entonces, mucha información sobre quiénes y quién para que el mercado empiece a discriminar.

Y les lanzo una última, una última medida a ver qué piensan. Si nuestro producto es tan bueno, ¿por qué hacemos obligatorio su consumo? ¿Por qué no volvemos al arbitraje voluntario? Si somos tan buenos, nos van a buscar. ¿Por qué? En cambio, ahora es obligatorio, tienes que tomar sopa. Yo soy Mafalda, no me gusta la sopa. Pero haz una sopa deliciosa que si quiera tomarla.

Entonces, no digamos que el sistema es perfecto y no hay que tocarlo y qué malo es el Estado, terrible. Hay que evaluar las cosas y ver qué está pasando porque, si no, vamos a terminar matando el sistema. Lo vamos a desprestigiar tanto que va a llegar el punto en que, y ojalá no pase, en donde vienen: «Ah, ya se fundió. Me voy al Poder Judicial». Y eso creo que no queremos.

Muchas gracias.

¿Hay preguntas? ¿Alguien quisiera hacer preguntas o comentarios? Ese es el problema de estar después del almuerzo.

Bueno, muy bien.

Persona del público: Bien, quizá un comentario sobre el último punto que mencionabas sobre la obligatoriedad.

La reflexión creo que es muy saludable; y, sobre todo, válida. Claro, igual vienen a mi mente ideas como estamos olvidando quizá, en esta reflexión, la teoría del conflicto, y siempre hay alguien que, una vez que surge la controversia, no quiera ser demandado y que va a realizar actividades procesales, llámenle mala *praxis* o, digamos, tácticas, para alargar, entorpecer, si fuese facultativo, capaz por ahí hay una brecha para no utilizar el mecanismo más eficiente o mejores productos, como lo ha señalado, y, de otro lado, también, si analizamos nuestro Estado, y vemos un poco o analizamos un poco la conducta y motivaciones de los funcionarios públicos, coincidiremos en que una de las variables que afecta su conducta es la mirada de la Contraloría que le va a decir, si es facultativo, no, no me voy a perjudicar, sino, si es facultativo, por qué ha sido un arbitraje cuyo costo es, qué sé yo, 50 mil, 60 mil soles a perder, por qué no lo has llevado al Poder Judicial donde, ni siquiera pagamos tasas porque somos Estado y de ahí todas esas consecuencias que podrían generarse.

Entonces, creo que, quizás, como decía al inicio, si bien la reflexión con la que nos tientes es muy válida e interesante en el tema de obligatoriedad del arbitraje, en materia de contratación pública, conociendo el país y su funcionamiento, quizá me inclinaría a pensar que esta todavía sigue siendo favorable.

Juan José Martínez: Yo te diría que habría que analizarlo y ver pro y contra.

Sí, dígame.

Persona del público: Bueno, gracias, en realidad, todos han quedado pensativos sobre lo has estado hablando. Me parece muy bien, pero también reflexionemos que, en realidad, el arbitraje comercial también tiene sus riesgos, siendo entre privados.

Yo creo que, en realidad, es el reflejo de todo lo que en la sociedad se viene dando y todo lo que está ocurriendo en diversos lugares.

Somos, en realidad, creo que el único país del mundo que se arriesgó a apostar por este mecanismo, y, efectivamente, yo siempre, cada vez que hablo, le digo a toda la audiencia, todos nosotros, los que estamos operando, nosotros tenemos que cuidarnos. Es autorregulación, es saber nuestros límites, entonces, yo creo que también en el arbitraje comercial hay problemas. Por ahí hablaban de unos centros que están ejecutando garantías como hipotecas, etc. Entonces, hay situaciones que se están presentando y que, de alguna manera, necesitan una respuesta de parte del gobierno, que sea utilizado en algo políticamente es otro tema, pero, sí, efectivamente, nos toca a nosotros los que estamos dentro del mundo del arbitraje, cuidar ese mecanismo porque, coincido contigo que, en cualquier momento, puede retirarse.

¿Por qué este no es tan llamativo? pasa lo mismo que la conciliación ¿no? La conciliación igual; o sea, es obligatoria porque si no, la gente no concilia porque están en el nivel de enfrentamiento. Saben que es lo mismo, me parece que, para salir del tema de arbitraje, y hay una sensación de todo... me acuerdo hace muchos años, hay una sensación de élite, de que no había muchas, era muy caro, etc.

Entonces, sí, en realidad, en conclusión, creo que no solamente es en el arbitraje con el Estado que está ocurriendo el problema, sino que ha pasado al tema del arbitraje comercial. Creo que, tal vez, el ser jurisdicción ha generado esas distorsiones, y, de repente, por ahí, y, bueno, hay, entre otras cosas más de las que también voy a hablar ahora dentro de poco, que ha generado este tipo de problemas.

Juan José Martínez: Muchísimas gracias.

Christian Guzmán.

Christian Guzmán: Muy cortito.

También me he quedado pensando en lo que estaban diciendo y tiene que ver con lo que estábamos conversando en el almuerzo, que es que, en realidad, la tendencia, observo yo, es, más bien, ampliar los supuestos de arbitraje obligatorio porque, claro, en nuestra cabeza está, efectivamente, que el emplear el arbitraje para resolver determinadas controversias es más eficiente que emplear el Poder Judicial.

Y justo mencionaba también, de pronto, por mi experiencia en materia de salud, es utilizar el arbitraje de manera obligatoria en caso de conflictos y controversias en materia de salud. ¿Existe el arbitraje? Sí, claro, en materia de salud, sí, pero no es obligatorio, es facultativo. Y la realidad concreta es que las clínicas no optan por el arbitraje, prefieren recurrir al Poder Judicial por razones obvias. Entonces, además, es ahorro.

Entonces, ¿qué ocurre? Si queremos tutelar el derecho del paciente, del asegurado, sería útil poder llevarlo esto al arbitraje obligatorio. Pero, me quedé pensando en lo que decía Juanjo, en el sentido de: «Oye, pero no es que el remedio *per se* sea, pues, una maravilla». Y para eso hay que hacer ajustes, pienso yo, en esa línea.

Juan José Martínez: Muchas gracias.

¿Cuál es su nombre, señor?

Jose Antonio Sánchez: José Antonio Sánchez

Juan José Martínez: José Antonio, adelante, por favor.

José Antonio Sánchez: Juan, a ver, respecto de la obligatoriedad del arbitraje, quiero hacerte un comentario, quiero mencionar un tema que muy pocos lo saben.

Allá por el año 1996, yo era secretario... en ese entonces se llamaba «secretario de confianza de la Corte Suprema». Preparábamos los recursos, los proyectos de casación, los recursos de nulidad. Era un joven abogado y en el año 1996 me alcanzaron un expediente para hacer el antiguo recurso de nulidad, era un caso de obra. El antiguo, recordarás tú, el papel sellado, y ahora...

Me dieron el expediente todo hongueado y empecé a analizar el expediente. Fecha de la demanda, hasta el momento que hice el proyecto habían transcurrido nueve años. Se habían ido a la vía contencioso-administrativa porque no había otra vía, no había arbitraje, y todo este tiempo después entendí por qué la razón del arbitraje. Un arbitraje, creo yo, que es algo que puede durar, ni hablar que te dura nueve años o diez años.

Entonces, ah, y el contratista apuntaba las fotos de la obra toda abandonada, los fierros oxidados, o sea, esa obra después de tanto tiempo, si no recibía mantenimiento, había que demolerla y volver a hacerla.

Entonces, ahí entendí por qué del arbitraje, la necesidad de un arbitraje *versus* el Poder Judicial.

Esto es todo Juan.

Juan José Martínez: Bueno, muchísimas gracias.

Es evidente que hemos motivado su reflexión. Eso, de por sí, ya es muy positivo.

Muchísimas gracias.

Karina Zambrano Blanco: Queremos agradecer al panel de Juan José Martínez, una vez más. Él es experto en derecho económico, así que sus estadísticas han sido muy importantes.

PANEL VI. NUEVA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO

Alfredo Soria Aguilar (moderador)

Gustavo Rivera Ferreyros

José Antonio Sánchez

Eduardo Benavides Torres

Fabiola Paulet Monteagudo

Presentadora: Buenas tardes, Karina me ha pedido el favor de presentar esta mesa y con mucho gusto lo hago.

Esta mesa ahora va a tratar sobre la nueva legislación de contratación con el Estado, que es un tema que, actualmente, entre los abogados peruanos, está muy en boga porque, próximamente, esta ley y su reglamento van a entrar en vigencia el 23 de abril. Para los visitantes de otros países, les comentamos que nuestra Ley de Contrataciones ha sufrido cambios. En julio del año pasado se emitió el reglamento con 100 artículos, aproximadamente, 100 exactos. A inicios de este año se emitió el reglamento, casi 400 artículos. Las reglas de juego, les diría, no solamente en contratación pública han cambiado, y creo que por eso es importante en este tipo de mesa se desarrollen estos cambios para que todos los operadores, muchos de nosotros acá, tengamos claras estas reglas de juego.

Ha habido cambios muy importantes, por ejemplo, en el sistema de entregas de las obras, en las ejecutadas con garantías adicionales. Ahora también hay un sistema de incentivos, se hace referencia a la gestión de riesgos. También han modificado muchos temas del arbitraje. En la junta de resolución de disputas, que ahora es junta de prevención y resolución de disputas. En realidad, hay muchos cambios y por eso es importante, la importancia de esta mesa y quienes participan creo que nos van a dar algunas luces de estos cambios.

Y voy a presentar al presidente del panel, Alfredo Soria Aguilar, a quien muchos de nosotros conocemos. Es profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la UPC y en la Universidad del Pacífico, y es integrante de la nómina de árbitros del Centro de Arbitraje en la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y otras importantes instituciones arbitrales.

Sin más, le voy a ceder la palabra al presidente del panel.

Alfredo Soria Aguilar: Bien, muchísimas gracias.

Bueno, primero me corresponde presentar a los panelistas. Tengo el lujo de estar en este panel con tan grandes y buenos especialistas. A mi derecha está Fabiola Paulet Monteagudo, ella es árbitro, adjudicador, abogada y MBA en ESAN, vicepresidenta del Comité Internacional de Arbitraje de la Federación Internacional de Abogados (FIA). Tiene experiencia de más de veinte años en contratos con el Estado, árbitro del Estado, administradora de contratos ahora estandarizados NEC, FIDIC entre otros.

A mi izquierda tenemos al doctor José Antonio Sánchez Romero, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú; Magíster en Derecho Civil y Comercial; doctorando en Derecho por la Universidad San Martín de Porres; es conferencista y profesor de Contrataciones con el Estado y Técnicas de Litigación Oral en Arbitraje en la Universidad Continental y en la UPC. Asimismo, es integrante de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Lima, el CARC-PUCP, entre otras importantes instituciones arbitrales.

Al lado derecho del doctor Sánchez, tenemos a Eduardo Benavides, quien fue mi profesor en la maestría de Derecho de Empresa. Lo recuerdo con mucho afecto. Es profesor honorario de la Pontificia Universidad Católica del Perú y ha sido profesor en la Universidad de Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Universidad ESAN. Tiene más de treinta años de experiencia como asesor legal en derecho civil; y, además, es experto legal en casos de arbitraje internacional.

Y más cerca se encuentra a mi mano izquierda Gustavo Nilo Rivera, quien es árbitro adjudicador independiente, profesor de contratación pública en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y

de arbitraje en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, UPC. Es profesor invitado en la maestría en Arbitraje, Litigios y Contratos Internacionales en la Universidad Austral de Buenos Aires.

Así que muy honrado de compartir este panel. Vamos a empezar con la ponencia del profesor Eduardo Benavides, quien nos va a hablar acerca de la designación de árbitros y el arbitraje de emergencia en la Ley General de Contrataciones Públicas.

Adelante, profesor Benavides.

Eduardo Benavides: Gracias, Alfredo, uno de mis más brillantes alumnos, además, tengo que decirlo y excelente tesis, además, preparó Alfredo.

Yo, más que una ponencia, lo que quiero compartir con ustedes son algunos comentarios.

Como bien se ha dicho, estamos *ad portas* de que entre en vigencia la nueva Ley de Contrataciones con el Estado, es un hito sumamente importante. Hay muchos temas en la nueva ley que solo pueden valer la pena discutir y debatir. Yo voy a tocar solamente dos que me parecen especialmente importantes.

Uno es el de la designación de árbitros. En la nueva ley hay algunos cambios importantes. Uno de esos está referido a que, a diferencia de la ley vigente, con la nueva ley, cuando tengamos arbitrajes *ad-hoc* o tengamos arbitrajes institucionales, el sistema va a ser el mismo; es decir, aplican los reglamentos del centro de arbitraje, y según esos reglamentos, como sabemos, la mayoría de centros de arbitraje tienen el sistema de que cada parte designa su árbitro y los árbitros de común acuerdo designan al presidente. Ese es el sistema que todos conocemos y que usamos.

Ahora, con esta nueva ley, en los arbitrajes *ad-hoc*, los tribunales van a ser unipersonales, es decir, vamos a tener un solo árbitro. Ese es un tema bien debatible. En qué medida es cierto que, en principio, los costos del arbitraje y teniendo un tribunal unipersonal desciende, pero el debate se abre ahí, en qué medida los tribunales unipersonales, por un lado, garantizamos que, en los tiempos del procedimiento sean realmente expeditivos. Ya he tenido malas experiencias en tribunales donde teníamos un solo árbitro y el árbitro estaba muy recargado de tiempo, y los tiempos de decisión eran lentísimos.

No digo, necesariamente, que cuando los tribunales son de a tres, sea notoriamente mejor, pero tengo la sospecha de que acá el trabajo se reparte mejor cuando los tribunales están conformados por tres miembros.

Y, por supuesto, también hay la preocupación, y es un tema muy debatible respecto a la calidad de los laudos arbitrales.

Este creo que es, sin duda, un gran tema. Ellos quieren tribunales *ad-hoc*, perdón, los arbitrajes *ad-hoc*. Pasamos a un sistema donde tenemos un solo árbitro, pero, luego, la designación de ese árbitro tendría que hacerse de común acuerdo por las partes, y, si no hay ese común acuerdo y sabemos que cuando el arbitraje es con el Estado, no es fácil ponerse de acuerdo con el Estado sobre designación de un presidente de tribunal arbitral, salvo algunas entidades del Estado que, realmente, tienen defensas legales muy sofisticadas, muy profesionales, y con las cuales es posible llegar a acuerdos.

¿Qué pasa si no hay acuerdo, entonces, entre las dos partes para designar al presidente? Cualquiera de las partes, en ese caso, tiene su derecho expedito de acudir a cualquier centro de arbitraje que esté registrado, por supuesto, en el nuevo registro de centros de arbitraje, y poder pedirle a ese centro de arbitraje, el que uno quiera, que ese centro de arbitraje designe a este árbitro que va a ser el árbitro único.

Por supuesto, aquí viene un tema completamente diferente, que es la importancia de que, realmente, en ese registro de centros de arbitraje tengamos centros de arbitraje de primer nivel y con todas las garantías. Creo que lo comentó Silvia hace un rato, lo hemos comentado en varias oportunidades. Hay, hoy en día, una proliferación de muchos centros de arbitraje. No todos tienen la misma calidad, no todos tienen las mismas cualidades profesionales, secretarías, nómina de árbitros, etc. Y, como se ha comentado también, muchas de las críticas, hoy en día, al arbitraje vienen, justamente, por el lado de las deficiencias que puede haber o de los problemas que pueden surgir en los procedimientos arbitrales administrados por estos centros de arbitraje que no tienen, la mayor parte de las veces, no tienen mucha calidad en cuanto a la administración de los procedimientos y la calidad de los árbitros.

Este, entonces, es un primer gran tema en la nueva ley. Yo, en este tema, además, tengo que expresar algo que sí me preocupa, que es la importancia, desde el lado del Estado, de garantizar y reforzar los mecanismos de designación de árbitros de parte por parte del Estado. Yo, normalmente, no soy designado árbitro por el Estado porque no estoy en la lista famosa, esta que administra el OSCE. Esa es también una limitación que tiene hoy en día el Estado, pero, además, y, obviamente, con la nueva ley se da un paso adelante porque se establecen otros requisitos para poder ser designado árbitro en arbitrajes con el Estado, pero creo que este avance con la nueva ley tiene que ir de la mano, en el caso del Estado, con procedimientos internos mucho más ágiles, más expeditivos y más confiables, no solo para designar árbitros, sino para designar abogados de parte, para designar expertos legales, expertos económicos, expertos financieros.

Algo que veo con mucha pena es que el Estado pierde arbitrajes que entre comillas «debiera ganar» porque sus procedimientos internos de contratación son, en muchos casos, realmente, un pandemonio; o sea, realmente, un infierno. En tiempos de estos de contratación sumamente complejos que demoran muchos meses y que, al final, hacen que no puedan contar con una defensa legal adecuada para casos que, a veces, son muy importantes y de gran cuantía ni que puedan designar a los árbitros que debieran poder designar, ni tampoco que puedan designar peritos que puedan, igualmente, actuar adecuadamente, tanto peritos legales como técnicos, como tales, como financieros, como peritos de daños, y, muchas veces, como quiera que los plazos en el arbitraje son perentorios, se le vencen los plazos al Estado y el Estado no llega a tiempo a hacer las designaciones y estas terminan haciéndolas la corte del centro de arbitraje.

Allí no es simple, el Estado tiene una desventaja. Lo que voy a decir es que se necesita, realmente, un esfuerzo importante, y es lo que me preocupa a mí sin ser abogado del Estado. Como decía Ignacio Tortorola hoy en la mañana, nos debe interesar que el mismo nivel de calidad que tiene el Estado cuando defiende casos de arbitrajes de inversión a través del SICRECI, que estos tipos y niveles de calidad los tenga también el Estado cuando defienda arbitrajes sumamente importantes y ya no hablamos de arbitrajes de inversión; hablamos de arbitrajes por resolución de contratos, por daños y perjuicios, por modificación de contratos, etc. Los arbitrajes que tiene el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Ministerio de Vivienda y una serie de otras entidades.

Eso, yo honestamente creo que debería ser algo que nos debe preocupar a todos y no solamente a los procuradores que, normalmente, andan sobrepasados por la carga de trabajo que tienen y que se presentan a los arbitrajes sin haber leído el expediente. Y, en ese momento, en el momento de la audiencia, intentan una defensa, como decimos, de memoria y teniendo argumentos de tipo procesal sin conocer el fondo del asunto.

Mis compañeros en el panel, varios de ellos tienen mucha experiencia en temas de contratación pública, estoy seguro de que me podrán ayudar a encontrar un camino que yo, francamente, no lo tengo.

Antes de entrar al tema del arbitraje de emergencia en la nueva normativa de lo que es designación de árbitros como novedad, se ha puesto algunos requisitos. Lo mismo en el caso de la designación de adjudicatadores que me parecen interesantes. Los árbitros que son designados en arbitrajes con el

Estado tienen que integrar la nómina de institución arbitral inscrita en el REGAJU, que es este registro en el cual se van a registrar todos los centros de arbitraje serios, pero deben tener título profesional, inscrito en SUNEDU. Todos los requisitos me parecen bastante lógicos, y luego, en términos de experiencia deben tener tres años de experiencia en el sector público o en el sector privado.

En el caso del sector público, la experiencia tiene que ser, básicamente, en materia de contratación pública. Y en el sector privado, tiene que ser como árbitro o secretario arbitral o en contratación pública.

Creo que nuestra experiencia como árbitro o como secretario arbitral se puede acreditar fácilmente a partir de las designaciones. La experiencia en contratación pública creo que es algo más difícil, y me preocupa quién va a verificar los tres años de experiencia en contratación pública. Y, si esto, por ejemplo, ya no, al inicio del arbitraje, pero culminado un arbitraje, y cuando sabemos, empiezan los recursos de nulidad en sede judicial, si esta se puede volver una causal de nulidad. Es decir, el no haber acreditado o el no poder acreditar los tres años de experiencia en contratación pública para un abogado privado; un abogado que no tiene la experiencia en arbitraje o como secretario.

Y en el caso que el árbitro sea designado como árbitro único o como presidente del tribunal arbitral, los requisitos son un poco más altos. Tiene que ser un abogado con especialización en derecho administrativo, en arbitraje y en contrataciones públicas. Además, no encontrarse impedido de ser árbitro; obviamente, los impedimentos los conocemos y eso me parece bastante lógico.

En cuanto al arbitraje de emergencia, la nueva norma ha establecido una diferencia importante, igualmente, entre arbitrajes *ad-hoc* y arbitrajes institucionales.

En los arbitrajes *ad-hoc* está totalmente prohibido el arbitraje de emergencia; no se permite el arbitraje de emergencia y quizás son parientes, para ponerlos un poco en contexto, sabemos lo importante que es el arbitraje de emergencia, precisamente, antes de que se constituya un tribunal arbitral o que cuando está constituido este tribunal arbitral que toma medidas, como, por ejemplo, medidas cautelares, decidan acudir, por supuesto, al Poder Judicial, y cuando, lo que se trata es de asegurar que el resultado de este proceso arbitral que, sin duda, va a demorar un tiempo no se vea afectado, si es que existe claramente un peligro en la demora, y lo que se busca es que el árbitro de emergencia tome algunas medidas temporales o provisionales.

Y la nueva norma establece en ese sentido que no podrá irse o que no podrá admitirse un arbitraje de emergencia en caso de los arbitrajes *ad-hoc*, únicamente será así en los arbitrajes institucionales y siempre que, en el propio convenio, o sea, en la cláusula arbitral, perfecto, esté previsto el arbitraje de emergencia. Eso quiere decir que, si mi cláusula arbitral, como es normal, además, es algo normal. No es que la cláusula arbitral diga expresamente que haya posibilidad de arbitraje de emergencia.

Entonces, la mayor parte de nuestras cláusulas arbitrales no lo dice, por lo cual, si queremos arbitraje de emergencia o tener la posibilidad de este arbitraje de emergencia, mientras se constituye el tribunal, que, como sabemos, en algunos casos, puede demorar bastante tiempo, especialmente, si hay recusaciones e incidentes, yo tendría, en ese caso que asegurarme de que mi contrato tenga una disposición expresa que diga que habrá arbitraje de emergencia, en caso de ser necesario.

Obviamente, algo distinto es si la entidad, en ese caso, estará dispuesta a admitir esa cláusula y a poder negociar.

Creo que con esto voy a terminar. Me parece que el arbitraje de emergencia, que es muy utilizado en otras jurisdicciones, que es muy utilizado en Europa, es una medida importante, y, sobre todo, me parece que restringir el arbitraje de emergencia, tanto en los tribunales *ad-hoc*, y entiendo perfectamente los riesgos que trae el arbitraje de emergencia, pero también en los institucionales. Creo que el riesgo

que trae es algo que estamos viendo con mucha frecuencia, que es la creciente intervención de los jueces del Poder Judicial, dictando medidas cautelares no necesariamente justificadas, o, incluso, suspendiendo procedimientos arbitrales bajo la vestimenta de una medida cautelar, o bajo el recurso de acciones de amparo, y atentando claramente contra la autonomía e independencia del arbitraje. Y creo que eso es parte, igualmente, de esta línea de ataque al arbitraje que quiere hacer que la comunidad arbitral, sin duda, tome una posición muy fuerte de defensa en los fueros arbitrales.

Gracias.

Alfredo Soria Aguilar: Muchísimas gracias, doctor Benavides.

Vamos a volver con el doctor Sánchez y el tema es el pago en la Ley General de Contrataciones Públicas.

Adelante, doctor.

José Antonio Sánchez: Gracias, doctor Soria.

El tema del pago recuerdo que lo traté en un evento en homenaje a Elvira Martínez Coco en Trujillo, pero, desde esa fecha a la actualidad, el problema del pago por parte de las entidades estatales se mantiene o ha aumentado... el no pago, perdón, el no pago. De octubre a la fecha tengo en curso tres arbitrajes en que el contratista tiene su conformidad, pero a la entidad no le da la gana de pagar, y cuando contesta el procurador, «Bueno, como el interesado es el demandante, el demandante que pague los gastos arbitrales en subrogación». O sea, por más que no pagan, igual le da con el mazo: «Paga tú el 100 % de los honorarios arbitrales».

Ahora, el tema del pago no solamente se da a nivel nacional, sino ya, Ignacio Torterola y Elvira han señalado, en los arbitrajes CIADI señalaron el tema del pago también. O sea, no es algo solamente exclusivo del Perú, sino se da a nivel internacional y van a nivel internacional los arbitrajes para exigir el pago.

Ahora, voy a aterrizar en el tema de las contrataciones con el Estado, y dar, a raíz de lo que ha surgido últimamente, posibles soluciones. Yo sé que es un poco complicado, pero hay que decirlas, hay que decirlas y no quedarnos callados.

Ya sabemos que en la actual norma son diez días calendario, ¿se cumple o no se cumple? No cumple. Se pasan los diez días, voy pasando tres meses, seis meses, un año... no les interesa la norma.

Siguiente caso. ¿Cumple con el plazo establecido? No cumple, simplemente, no cumple. ¿Y por qué no cumple?

Vean qué dice la norma: «siete días calendario», y si no paga dice: «bajo responsabilidad del funcionario competente». Nada más, eso es «bajo su responsabilidad». ¿Qué tipo de responsabilidad? No dice. He buscado en la página web de la contraloría y nadie ha sido sancionado por no pagar oportunamente.

Por si acaso, entré a la inteligencia artificial, Chat GPT, para preguntarle si alguien había sido sancionado. «No entiendo su pregunta, vuelva a formularla». No, no encontré información. Quiere decir que en el Perú nadie ha sido sancionado por no pagar en el tiempo establecido. Entonces, quiere decir que al funcionario competente no le interesa no pagar porque no hay ninguna sanción.

¿Cuál es la modificatoria? La Ley n.º 32069. Dice: «Constituye falta grave y falta muy grave». Lo de rojo son los agregados.

Falta grave: «Constituye falta grave de la autoridad de gestión administrativa o de quien haga sus veces, el incumplimiento de manera injustificada del pago al contratista».

Y falta muy grave: «Que el contratista acreedor inicie acciones legales».

¿Y quién va a determinar la responsabilidad? El titular de la entidad, sabemos que en el Perú, usualmente, los protege a los funcionarios el titular de la entidad.

¡Ah!, entonces, ¿esta norma, esta modificatoria de la Ley de Contrataciones va a ser útil? En la práctica, ¿ustedes creen que algún funcionario en un futuro, por no pagar va a ser sancionado?

¿Qué es lo propongo? Una propuesta sobre la 32069. Una propuesta sobre que la misma entidad no sea el ente sancionador.

O sea, dos posibilidades: uno, la Contraloría; Ricardo. Dos, el Tribunal de Servicio Civil, pero alguien ajeno a la entidad tiene que sancionar, no la misma entidad porque van a estar protegidos. No hay ninguna sanción por falta de pago.

¿Cuál es la consecuencia del no pago oportuno? El contratista y el proveedor del Estado cumple con sus obligaciones contractuales. Le dan su conformidad y lo mínimo que espera es que le paguen dentro del plazo oportuno. ¿Por qué? Tiene que pagar alquiler, tiene que pagar operarios, ingenieros. Tienen una serie de gastos. Tienen que pagar a la SUNAT, a EsSalud que, si no reciben ese dinero, esa contraprestación por parte del Estado, podría llevarlo a la quiebra o a cerrar su empresa.

Y, entonces, corrupción. «¡Ah!, no me pagan. ¿No habrá algún conocido, un tercero que tenga llegada al funcionario? Te cobra el 10 %». Corrupción. Y un ejemplo, un claro ejemplo es este presentador de televisión que está preso que tenía su breve contacto. Recibía su dinero, y ya, y «administraba» entre comillas, el trámite. Corrupción.

Los proveedores suben el precio a sus productos. Como se van a demorar en pagarle, dice el proveedor: «Yo subo mi precio, pues». Por eso es que el Estado compra caro. Compra caro el Estado, no compra al precio de un particular porque sabe *a priori* que no le van a pagar oportunamente.

El problema que he visto y en consonancia a lo que ha dicho Eduardo Benavides, el problema son las personas en un lugar, y yo pregunto, ¿en el Estado se contrata por capacidad o por amistad en el Estado?

Y pongo un ejemplo, a ver, te pone en conocimiento. Esta oficina de asesoría jurídica del Congreso de la República, se acuerdan de que mataron a una chica. ¿Y por qué la mataron? Y están en investigación.

¡Ah, ya! No se contrata por capacidad. Se contrata por amistad o por otros fines.

Primera posible solución. Cuando a cualquier entidad, pero tiene que haber una modificatoria legislativa total. Cuando alguna entidad quiera un ingeniero, un secretario, una secretaria, un supervisor, se lo pido a SERVIR, y SERVIR tendrá que ser el máximo proveedor de personal del Estado. Para eso se tiene que repotenciar a SERVIR. Es un poco difícil Juanjo, pero es tu sueño, pero hay que decirlo.

Posibles soluciones. Esto creo que es un sueño, Juan. Pago contra entrega de determinados productos. Hay productos de utilería, de escritorio: lapiceros, papel bond; o sea, todo lo que no se necesita en ningún informe técnico o elaborado que viene el proveedor con sus lapiceros, con sus engrapadores. ¡Ah, entrego y te pago inmediatamente! Doy la conformidad y, en el acto, te pago. ¡Ah!,

eso va a atraer más proveedores porque los proveedores ya saben que les están pagando contra entrega y no tiene que esperar diez días. Determinados productos que no sean muy sofisticados.

Esto sí es un sueño porque al proveedor le exigen garantías por el cumplimiento de sus obligaciones, ya. Y el Estado, si no cumple sus obligaciones, ¿qué garantía da? Ninguna ¿Por qué, doctor? A igual razón, igual derecho. ¿Por qué el Estado no otorga también una carta fianza de que le va a cumplir y que le va a pagar oportunamente? Se ríen los ingenieros, es un sueño, pero hay que decirlo.

«Bajo responsabilidad», y me ha dado una idea que Elvira, cuando señaló en su exposición que los árbitros tenemos que ponernos fuertes. Ah, entonces, en los arbitrajes que ya tengo en trámite, oficiándose a la Contraloría y al órgano de control respectivo para que verifiquen las sanciones, las responsabilidades de por qué no le pagaron oportunamente.

Ya estoy terminando. Posibles soluciones, y esa es la última. Yo creo que el Estado contrata mal al personal. Hay gente corrupta y no funciona el Estado. Una prueba de esto es que el puente que se cayó en Chancay. Tienen el expediente técnico desde el 2019, listo; ¿y por qué no hacen el proceso si lo tienen hace seis años? Se debe fortalecer desde la educación inicial la ética desde chiquitos. La ética en toda la población peruana.

Con eso termino, se me acabó el tiempo.

Gracias.

Alfredo Soria Aguilar: Bien, muchas gracias.

A continuación, vamos a escuchar al doctor Rivera, con los mecanismos de solución de conflictos que pueden preverse en los contratos estandarizados de construcción.

Adelante, doctor Rivera.

Gustavo Rivera Ferreyros: Muchas gracias. Bueno, en primer lugar, quiero agradecer la invitación de la Asociación Zambrano en la persona de Karina. Para mí es un gusto venir al Cusco, pese al frío, pese al soroche porque, en realidad, la compañía, la comida y los pisquitos en la noche nos potencian. Cierito.

Y, por otro lado, también quiero decir y señalar que para mí es un honor compartir esta mesa porque la comparto con quien fue mi profesor en la maestría, Eduardo Benavides, que espero que también diga que fui brillante...

Eduardo Benavides: Doblemente brillante.

No hablemos del tiempo

Gustavo Rivera Ferreyros: Pero, curiosamente, también la comparto con quien fue mi alumno, Alfredo Soria, en la misma maestría. Pues, la vida da tantas vueltas, ¿no? Y, además, porque la comparto con Fabiola, con quien tuve el honor de compartir una asesoría en una universidad nacional y con José Antonio, con quien yo he compartido tribunales arbitrales. Es decir, estamos entre amigos, y no nos tomen la foto porque, si no, la reputación va al suelo, ¿no?

El tema que me ha tocado tiene que ver con el título del panel, y tiene que ver con los cambios. Y, precisamente, yo quiero empezar por eso con una frase que se le atribuye a Einstein. No sé si la habrá dicho, finalmente, pero se le atribuye a este gran científico. Dice lo siguiente: «El mundo, tal como lo hemos creado, es un proceso de nuestro pensamiento. No se puede cambiar sin cambiar nuestra forma de pensar».

Y empiezo con esta reflexión porque esto es, precisamente, lo que ha venido sucediendo en el Perú en los últimos 30, 35 años, cuando hablamos de arbitraje en la contratación pública, sobre todo, en arbitraje en la contratación pública, porque hasta antes del año 1998, hablar de arbitraje en la contratación pública o de otros mecanismos de resolución de conflictos era casi un sacrilegio. Los defensores de que el Poder Judicial era el órgano adecuado, único, exclusivo, monopólico para resolver los conflictos que surgían de la contratación pública se rasgaban las vestiduras cuando se hablaba de otros mecanismos. Era imposible hablar de otros mecanismos de resolución de conflictos. Aun cuando ya la Constitución lo permitía y las primeras leyes de arbitraje también lo permitían cuando establecían un artículo donde había posibilidad de que el Estado pudiera someter a arbitraje las controversias surgidas de la contratación pública.

Pero, probablemente, el año 1998 fue parte ardua, a partir de la dación de la antigua Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, cuyo autor es el doctor Ricardo Salazar que, para mí, yo se lo he dicho muchas veces a Ricardo, para mí es, si no el mejor, uno de los mejores funcionarios del Perú. La verdad porque ha hecho posible muchos cambios muy buenos para nuestro país.

Y es que, en realidad, la resistencia que existía en el Perú respecto a introducir los mecanismos de resolución de conflictos me hacía recordar un poco al proceso de la tristeza. ¿Por qué? Porque cuando las personas están tristes por alguna razón, la primera reacción es que niegan la posibilidad del hecho que les causa la tristeza. Luego, lo que hacen es: se irritan y atacan por los puntos flacos que puede haber. Luego, trato de negociar para que no todo cambie, ¿cierto? Y, al final, cuando ven que ya no es posible revertir los hechos, tratan de negociar para que no cambie todo. Y, al final, se resignan y aceptan y se convierten en árbitros y adjudicadores. Finalmente, es lo que ha sucedido en el Perú. Hoy está de moda ser árbitro o ser adjudicador. En la gran mayoría de estudios, cuando vemos sus páginas web, lo primero que nos dicen es, vemos arbitraje, vemos JRD, *dispute boards*, etc., etc., porque hoy se ha abierto una puerta en el Perú, creo yo, que ya no se puede cerrar. Los mecanismos de resolución de conflictos para los contratos del Estado van a permanecer en el Perú, probablemente, cada vez se introduzcan nuevos mecanismos.

Ahora, los cambios que ha habido en la Ley n.º 32069, Ley General de Contrataciones Públicas, lo que hace es repetir tres de los mecanismos que ya teníamos: la junta de resolución de disputas, que hoy se llama junta de prevención y resolución de disputas, y como bien lo han dicho en otros paneles, lo que se intenta es renovar un poco el principal papel de estos mecanismos. Recordemos que las JRD son una especie de hijo de los *dispute boards*, y el principal rasgo de los *dispute boards*, ¿cuál es? La prevención de los conflictos y la resolución de los conflictos es más residual. Debería ser lo excepcional más que lo general.

Se sigue con la conciliación. Ha habido algunos cambios ahí porque se ha debilitado cuáles son los casos en los cuales se puede conciliar, a diferencia de la anterior norma.

El arbitraje, sí se continúa, pero, probablemente, la novedad más saltante es que se han introducido los mecanismos que prevén los contratos estandarizados nacionales. Y con ello, probablemente, vamos a ver que pronto se van a empezar a pactar algunos mecanismos que en el Perú no eran tan conocidos, porque solamente se dan en ciertos contratos que tenían cierto rasgo internacional. Hoy ya lo vamos a ver en contratos que van a tener toda esa ejecución en Perú y que son contratos nacionales en todo el sentido de la palabra, etc., etc.

Y, básicamente, lo que vamos a encontrar son aquellos mecanismos vinculados a infraestructura en construcción. O sea, cuando hablamos de mecanismos de solución de conflictos, una de las primeras cosas que nos deben venir a la mente es que, y eso lo he escuchado en los ingenieros, es que no hay obra perfecta.

Por más que el proyecto lo haya hecho el mejor arquitecto del mundo, Zaha Hadid, probablemente, lo haya hecho el mejor ingeniero del mundo, no hay obra perfecta.

Siempre, la obra se dice que, en realidad, es una especie de cambio permanente porque se van encontrando algunas dificultades en el camino, y siempre es bueno tener los mecanismos que permitan solucionar rápidamente estos conflictos.

Y, si hablamos de este tipo de mecanismos de solución de controversias, vamos a encontrar diversas modalidades agrupadas o englobadas en tres tipos de mecanismos. Los primeros de ellos son los mecanismos denominados de prevención y cooperación que están destinados a evitar que surjan las controversias. Aquí, probablemente, vamos a encontrar el *partnering*, la asignación de riesgos, que vamos a tratar de explicarlo rápidamente.

Luego, vamos a tener un grupo de mecanismos que van a buscar controlar el conflicto.

Y, por último, vamos a tener un grupo de mecanismos que lo que van a hacer es resolver de manera definitiva los conflictos.

En el caso de prevención y cooperación, encontramos, por ejemplo, la identificación y asignación de riesgos. Que, claro, no es un mecanismo de resolución de conflictos, en estricto, pero lo que se dice es que, en realidad, lo que hace es clarificar la posible solución o la solución futura. Hace mucho más fácil la solución futura, si, dentro del contrato de construcción identificamos y asignamos los riesgos. Se dice que la regla más importante es ¿quién asume los riesgos? El que está en mejor condición de administrarlos.

Finalmente, es el derrotero que se debe seguir al momento de asignar los riesgos.

Luego tenemos el *partnering*. El *partnering* es una especie, digamos, de mesa de despacho o de mesa de coordinación donde existe un facilitador independiente que lo que hace es coordinar a todos los actores de estos dos contratos de construcción. Un contrato de construcción tiene, de hecho, muchísimos actores: el propietario, el constructor, el contratista, el subcontratista, las organizaciones o las entidades públicas que se encargan de dar los permisos, los fiscalizadores, etc., etc. Y, para eso, se requiere que la obra, de alguna manera, lo ideal sería que la obra cumpla con todos los plazos, que es su cometido, desde el momento en que se inicia. Y para eso existe este mecanismo de coordinación de este facilitador independiente que, en realidad, lo que busca, básicamente, es llegar a una especie de acuerdo de buena fe. ¿Para qué? Para respetar el marco legal. Importantísimo porque, si le van a caer las multas, probablemente, el fiscalizador, probablemente, esa obra se encarezca y, probablemente, tenga que pagarlo más de un actor dentro de este contrato de construcción.

Coordinarles la construcción para no estorbarse, recordemos que hay muchos casos en los cuales los trabajos dentro de una construcción se van a interpolar entre el estructuralista... no tiene que entrar el electricista, luego entra el encargado del agua, etc. Esto se tiene que coordinar, de tal manera, que no se interpongan y no se terminen estorbando, que terminen avanzando una parte de la obra, después tengan que destruirla porque faltaba que se haga algo. Para eso sirven estos mecanismos.

Y, por cierto, para cumplir con todas las obligaciones que permitan cooperar entre todos los actores dentro de este mecanismo.

En la etapa de control de disputas vamos a encontrar la negociación. Ya conocemos, más o menos, la negociación. Un tercero neutral, perdón, en este caso no hay un tercero neutral, son las partes que se acercan para negociar y puede haber diversos tipos de negociación: competitiva, colaborativa, etc.

Luego hablan también de la mediación. En el Perú hay un proyecto que también Ricardo Salazar está empujando para que en la contratación pública se introduzca en la mediación, y con mucha fuerza. Ojalá que también se pueda hacer.

En este caso, se designa a un tercero, para que, de alguna manera, los ayude a acercarse. A veces, no se pueden mirar directamente a la cara y necesitan alguien al centro que sirva como una especie de interlocutor entre las partes que las ayude a solucionar el conflicto.

Probablemente, cuando hablamos de la Ley de Contrataciones del Estado, un reto va a ser lo que señala el artículo 68 de la ley. ¿Por qué? Porque el artículo 68 de la ley, lo que señala es que aquellos mecanismos de solución de conflictos que no sean obligatorios, porque no es una obligación, el funcionario debe cuidar de convertirlo en obligatorio. ¿Cómo va a funcionar? Todavía no lo sabemos. Va a entrar en vigencia la norma. Vamos a ver cómo van a adelantar estos temas que se pueden ir introduciendo.

El fuero neutral que todos conocemos. Después tenemos una especie de minijuicio *only trade* que, en realidad, es una especie de simulación de juicio. Las partes designan a un tercero para que les diga: si sometíamos a un mecanismo de solución de conflictos una controversia, ¿cómo saldría? ¿Quién ganaría?

Entonces, el tercero, lo que hace es emitir una resolución, un dictamen diciendo: «esto saldría así». No es obligatorio, pero ¿en qué ayuda eso? Ayuda, por ejemplo, en que las partes puedan negociar o si ya estuvieran negociando, destrabar aquellos puntos en los cuales no han seguido avanzando en esta negociación.

Tengo algunos otros mecanismos más de la solución definitiva del amigable componedor que algunos conocemos por los sistemas concesionales, la pericia vinculante, pero ya me están sacando tarjeta roja.

Y quería hablar un poco también del mecanismo americano de la triple A (AAA), pero ya vamos a cumplir con lo que se indica y pasaremos al siguiente.

Muchas gracias.

Alfredo Soria Aguilar: Muchas gracias.

A ver, Fabiola, por favor, que hoy día nos va a hablar acerca de la aplicación del contrato NEC dentro de la Ley General de Contrataciones: alertas tempranas, eventos compensables, caducidad y otros.

Adelante.

Fabiola Paulet: OK, muy buenas tardes. Gracias, bueno, muy buenas tardes con todos. Gracias por estar acá. Prometo que voy a correr, así que les pido su máxima atención porque voy a correr.

Empezamos. El tema que me ha tocado es la aplicación del contrato NEC dentro de la nueva Ley General de Contratación Pública.

Quería compartir en este momento alguna estadística. Esta estadística me impresionó porque la conocí en el marco del lanzamiento del contrato NEC organizado por la Cámara de Comercio de Lima, y no quiero que analicen si es eficiente el gasto, si esto está haciendo crecer a la empresa peruana, pero sí quiero que analicen el impacto.

Fíjense ustedes que esto es un análisis de nueve años. Esta estadística fue elaborada por Alberto Valenzuela, y, si ustedes se dan cuenta, dos caminos, dos resultados, es la comparación de la ejecución contractual en obra, entre el contrato NEC y el contrato de siempre: contrato tradicional *versus* contrato NEC4.

Si vemos, a partir del 2003, absolutamente, brutal la ejecución en millones de soles. Y, si ven el año 2025, no terminamos, y, es más, cómo la barra se está moviendo respecto a lo ejecutado.

Entonces, este es uno de los factores que creo yo, sinceramente, he pensado que los contratos NEC, hoy con más fuerza, están engarzados en la nueva Ley de Contratación Pública, en adelante, la Ley.

Y para esto, estos son los contratos, evidentemente, alguno de ellos, tenemos el contrato NEC y el contrato FIDIC.

Esto está engarzado en el artículo 59 de la Ley que lo incorpora y es una opción del Estado, a efectos de elegir entre ingeniería y construcción, y, entre otros modelos estándar.

Reglas, vamos adelante. Las reglas son interesantes. Las reglas son que se aplican. ¿Qué reglas se aplican? Las del contrato.

Esto es excelente porque busca no desnaturalizar la esencia del contrato NEC. La distribución de riesgos, las alertas tempranas, en fin, todas las bondades.

Entonces, aplico primero las reglas del contrato, segundo, la Ley de Contratación Pública, el reglamento, y, en última instancia, el Código Civil. ¿Hay modificaciones? Sí, pero las modificaciones nuevamente tienen este lineamiento: existen modificaciones de manera excepcional en un determinado supuesto que, luego, más adelante, lo vamos a analizar.

Decisiones. Para efecto de las decisiones en la etapa de la ejecución contractual, piden a todos los actores que tomen en cuenta que algunas prácticas nacionales e internacionales, a efectos de que haya un espíritu de colaboración, a fin de que este proyecto llegue a su término, y, de ser el caso, apliquen las famosas guías oficiales de estos contratos estándar, de existir.

Caducidad. Bueno, no voy a definir a cada uno de ustedes qué es la caducidad. Vamos a correr, pero sabemos muy bien que aquí se extinguen la acción y derecho por el transcurso del tiempo.

La caducidad es un tema que si quisiera un poco analizarla con ustedes respecto a la nueva Ley.

Establece que existe caducidad siempre que el contrato estándar establezca un plazo para la presentación del reclamo, y este plazo sea sancionado con la pérdida del derecho al reclamo; sea un reclamo de precio o del plazo del contrato.

Si vemos con el Código Civil, los plazos de caducidad los fija la ley sin admitir pacto en contrario, y yo creo que estamos alineados.

Es aquí donde yo ahora sí les voy a pedir a ustedes que hagan un análisis.

Para que ustedes vean esto y lo sometí a un *test*, un grupo de abogados le da un sentido y otro distinto.

Los contratos estandarizados de ingeniería de uso internacional son modelos predefinidos que, únicamente, de manera excepcional, pueden adecuarse para aclarar conceptos o establecer precisiones de índole técnica. Nos quedamos acá.

El primer grupo me dice que le interesó, vio que está hablando de conceptos o precisiones de índole técnica. En el otro grupo dicen: «No», y hay una disyuntiva: conceptos es una opción y la otra es establecer precisiones de índole técnica.

Quedémonos, entonces, por este momento, con la segunda interpretación.

Por un instante quisiera que imaginen que la Dirección General de Abastecimiento del MEF, solo por un instante, aprueba los benditos contratos estándar tal cual. Es una preciosura. Y que lleva la gestión de riesgos, alertas tempranas, el mundo maravilloso que el contrato NEC y el FIDIC, según su estándar, también lo proveen.

Muy bien, tenemos esto, lo ha aprobado el MEF, pero ustedes recuerden que aquí hay la famosa «cláusula zeta». La zeta que agrega, la zeta que modifica; la zeta es absolutamente parte de esto.

Y, si vamos al FIDIC, son las cláusulas especiales, son las cláusulas particulares, ¿correcto? Totalmente correcto.

Entonces, ahora yo, nuevamente, revisamos. Si tenemos un contrato estándar aprobado por la DGA, tal como ustedes saben que este contrato NEC tiene inherente la cláusula z. Se usa ese término solamente en el NEC, pues, claramente, vamos a tener la opción de que la entidad puede introducir modificaciones a este contrato estándar.

Tienen unos con la siguiente interpretación: conceptos, para aclarar concepto. Está bien, vamos a aclarar conceptos.

¿Qué pasa si un contratante, por ser la entidad, a través de esa cláusula z modifica el plazo de caducidad? ¿Esta norma solamente puede estar en manos de las partes? ¿No se estará creando la figura de la caducidad convencional? ¿Es lo que quiere el legislador? ¿Es lo que se ha buscado? Parece extraño, pero creería que no.

Fijense, cláusula NEC, cláusula 61.3. Tenemos el tipo de contrato, la cláusula denomina un evento compensable.

La cláusula 61.3: Si el Contratista no notifica un evento de compensación dentro de las ocho semanas al haber adquirido conocimiento de que el evento compensable se produjo, los precios, la fecha de culminación o una fecha clave, no, repito, no se modifica, a menos que el evento compensable surja de una instrucción o de una notificación emitida por el gerente del proyecto o del supervisor, o de la emisión de un certificado o la modificación de una decisión. OK, ocho semanas.

¿Cumple con el criterio de caducidad? Sí, hay un precio y hay un supuesto específico. Perfecto. Y la entidad, con la cláusula z dice: «No, ya no son ocho semanas. Suspendidas. Y te cuento que son calendario, así que incluye sábado y domingo». ¿Es posible? ¿Ustedes creen que alguna municipalidad o qué sé yo, un gobierno regional podría, de pronto, pues, esa es la realidad? Supérala, efectivamente.

Y lo mismo ocurre con el contrato FIDIC. El plazo que establece acá son 28 días. Bueno, no lo voy a leer por temas de tiempo, Alfredo, pero, nuevamente, ocurre eso.

Entonces, en este punto qué conclusiones y recomendaciones yo quería compartir con ustedes.

En realidad, y aquí sí voy a consultar mis notas, creo, sinceramente, que sí, la cláusula z es muy potente, pero también un componente altamente peligroso.

Creo que, si me preguntan que la voluntad del legislador fue, de manera indirecta, crear la caducidad convencional, honestamente, creo que no. Y, además, el artículo 59 colapsaría con el artículo 63 de la Ley General de Contratación Pública, porque establece y se puede denunciar por quebrar el equilibrio económico financiero. Una regla de juego establecida en el contrato, cada una de las partes tenemos una prevalencia, de tal forma, que se vería muy fácilmente que este contratista, pues, hizo un trabajo y por cualquier otra razón, simplemente, pierda permanentemente el derecho de reclamar,

plazo y costo. La pregunta es ¿estamos en un contrato justo? Pues, ¿responde eso a un contrato estándar? ¿Es un equilibrio de gestión de riesgos? Creo que la respuesta sigue siendo «no».

Entonces, además, sinceramente, no creo que las entidades del Estado tengan la madurez contractual suficiente para ejercer ese tipo de caducidades convencionales.

Recomendaciones. Ahora les voy a leer. Los contratos estándar que aprueba la DGAC, que, por favor, en este punto establezcan plazos mínimos y máximos para los plazos de caducidad, así que nos evitamos sustos, y dejamos dolores de cabeza a los adjudicadores y árbitros.

Sinceramente, creo que se deben de capacitar no solamente al funcionario público sino al contratista con las famosas guías, por ejemplo, las guías NEC, que ayudan mucho a la interpretación del contrato.

Tres, una feroz capacitación. Creo que uno de los capacitadores que podemos reconocer en OSCE, o antes CONSUMCODE, fue Ricardo Salazar. Que se elimine, como son las barreras de información, que el gerente de proyecto, por favor, que tenga un certificado NEC. Que el equipo de gestión de riesgos de las partes tenga certificación NEC, y que, finalmente, como punto final, creo importante que, para efectos de superar todos estos escollos que no sabemos qué sorpresas puede haber en el momento de la aplicación, porque es bastante nuevo, haya una apertura enorme entre el Estado y los privados, respecto a cómo operar toda esta nueva figura.

Siento que hay una ausencia permanente del funcionario público. Casi no se presentan, prácticamente, están debajo de la mesa, y eso no ayuda mucho a evolucionar respecto al suelo que está planteado hoy esta nueva ley; los contratos estándar, entre ellos, NEC, FIDIC, GT, GCT y otros más.

Muchísimas gracias con todos.

Alfredo Soria Aguilar: Bien, muchas gracias.

Me toca hablar a mí. Lo voy a hacer bastante rápido y breve. Voy a hablar acerca de la notificación y publicidad del laudo en la Ley n.º 32069, y ya está Karina, inclusive, qué bueno que ha venido. Ya le toca, seguramente, exponer.

Así que vamos a hablar de este tema de manera bien sencilla. A ver, a nuestros amigos extranjeros que nos visitan les pregunto: ¿en su norma, en dónde dice que el laudo, para que tenga eficacia, tenga que publicitarse en una plataforma digital en Internet? Les pregunto ¿hay algún? «No, en Colombia, no». No hay, ¿no? No hay ni en China, ni en África, en ningún país de este mundo, dices, puedes buscar donde quieras y no dice eso.

Bueno, eso decía expresamente nuestra anterior ley de contrataciones con el Estado. Decía: «el laudo debe notificarse a través del SEACE para efectos de su eficacia». Es decir, la eficacia del laudo estaba supeditada a la publicidad del laudo en una plataforma digital.

Nuestra ley actual no lo dice expresamente, pero se sigue interpretando lo mismo, y eso es lo que ahora estoy repitiendo en segundo evento que hablo del mismo tema, porque quiero que cale este tema porque no se puede seguir tratando igual a esa barbaridad que ocurrió con la ley anterior. No se puede estar supeditando la eficacia del laudo a su publicidad. O sea, ¿cómo va a depender una decisión jurisdiccional, con rango constitucional en nuestro país, a que se comparta en una red, en una plataforma digital... que alguien lea... sí claro, pero no se puede supeditar la eficacia del laudo a su publicidad.

Una cosa es la notificación que significa, simplemente, bien sencillo, comunicar a las partes del arbitraje el resultado de lo decidido por el tribunal, y otra cosa distinta es publicitar el laudo para que

todo el mundo sepa cómo se decidió. Son temas totalmente distintos, y que, lamentablemente, en los últimos años se ha venido confundiendo. Años de años se ha insistido en que se notifique a través del SEACE, y el SEACE es una plataforma en donde se publicitan las cosas. No es que diga el domicilio procesal de la parte lo decidido por el tribunal arbitral.

Entonces, ¿qué dice ahora y por qué hay dos interpretaciones? Por lo siguiente.

La norma actual dice: «El laudo inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación». Hasta ahí palmas y qué bueno.

Pero, luego, dice: «y se debe notificar a las partes a través de la Pladicop». Como si el Pladicop fuera la forma de notificar. Y, en realidad, el Pladicop es un instrumento que nos permite «publicitar», «publicitar». Pero ¿cómo vas a notificar a través de Pladicop, por ejemplo, a una parte que es renuente al arbitraje? Lo tiene que hacer de manera física y es una plataforma. Claro, lo que van a decir es que vamos a crear un correo electrónico, ¿y si eso no funciona?

Además, hablan del Pladicop en la plataforma digital como si fuera infalible, y el SEACE nos ha demostrado que se cuelga, que cuando alguien quiere registrar un laudo en el SEACE, la capacidad del laudo, a veces, no la soporta, tienes que estar intentando e intentando. ¿Y qué? ¿Depende lo decidido por un tribunal jurisdiccional de eso? Ni hablar.

Entonces, ¿aquí cómo deberías interpretar? Deberíamos interpretar que el laudo es obligatorio desde su notificación, de acuerdo a la ley de arbitraje. Se notifica al domicilio que las partes hubieran establecido en el arreglo de arbitraje. Punto. Puede ser un domicilio virtual o correo electrónico o puede ser un domicilio físico.

Y donde dice: «se debe notificar», debemos interpretar que debió decir: «y se debe publicitar» a través del Pladicop. Pero, no solamente a las partes, sino al público en general. Eso es lo que ha pretendido desde siempre la norma. Desde su origen ha tratado de hacer eso. Que las decisiones del tribunal arbitral no queden escondidas.

Entonces, ¿qué refuerza la tesis que les traigo ahora? Que es la más saludable para el arbitraje. Lo que refuerza es que ya no dice expresamente que el laudo, para efectos de su eficacia, tenga que ser publicitado.

Entonces, creo que ese es un argumento que podemos utilizar para que no se supedite la eficacia del laudo a su publicidad, simplemente.

Muchísimas gracias.

Karina Zambrano Blanco: Gracias a todos.

PANEL VII. DESAFÍOS DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y JRD ANTE EL INCREMENTO DE ÁRBITROS, ADJUDICADORES Y CENTROS GOLONDRINA

Dennia Fernández Morales (moderadora)

Silvia Rodríguez

Marianella Ventura

Luis Miguel Hernández

Julio Lozano

Miguel Santa Cruz

[Las intervenciones de este panel están incompletas. Se publica aquello que ha podido registrarse en la grabación de audio y video].

Presentador: Antes de comenzar, me ha tocado creo que presentar el mejor panel, y todos creo que estamos conscientes del desafío que se nos está viniendo.

Yo estoy seguro de que el panel va a ir profundo. Creo que todos somos conscientes de que la masificación, tanto del arbitraje como de la JRD, va a un tiempo que, a veces, es difícil de procesar, y que, muchas veces, los que vemos arbitraje nos preguntamos «Oye ¿cómo hacemos para que no nos pase lo que nos pasó en el arbitraje? ¿Cómo hacemos con las JRD y los DAB para que no nos pase lo que nos pasó en el arbitraje?».

Y yo me he encargado de concentrar este tema al inicio del panel para que ninguno de los miembros del panel pueda evadir tan importante tema.

Con estas breves palabras presento a la presidenta del panel, Dennia Fernández Morales, es abogada del área pública. De hecho, ella tiene un currículum larguísimo y lo voy a resumir. Abogada del área pública, mediadora certificada por la Universidad Autónoma de Costa Rica y la Universidad Carlos III de Madrid con estudios de derechos fundamentales Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas de Derechos Humanos en Madrid y tiene un texto en sociología jurídica. Es directora del Centro de Arbitraje y Mediación por el período 2011-2014, 2021-2023. Además, es profesora universitaria y una práctica profesional en el derecho administrativo.

Por favor, un aplauso para ella.

Dennia Fernández Morales: Bueno, muchas gracias. Para mí es un poco difícil el frío después de venir de Costa Rica. Entonces, me he tenido que aclimatar. Aquí me disculpan cualquier cosa la voz. Muy feliz de estar aquí con ustedes.

En realidad, desde hace tiempo que vengo hablando con Karina sobre el tema de poder acercarnos, y, pues, agradecerle la oportunidad que se nos dio para poder estar aquí.

El año pasado, de hecho, estuvimos suscribiendo un convenio entre la Asociación Zambrano y el Centro de Arbitraje y Mediación del Colegio de Costa Rica, con el fin de expandir más el tema, ya que, como he visto en la jornada de hoy, ustedes lo han desarrollado muy ampliamente, pero también veo los desafíos reales a los que se enfrentan; los riesgos, las alertas que tienen en la actualidad.

Para mí es un gusto estar en un panel de tanta importancia porque creo que es uno de los puntos medulares para ejecución y bien. El tema tanto del arbitraje como de las JRD. Y, bueno, para decirles antes de empezar a que mis compañeros expongan desde cada uno de sus centros, sus ópticas y como directores o secretarios generales de los mismos, yo quisiera decirles que, bueno, tal vez en contexto Costa Rica es diferente, pero tenemos algunos aspectos que sí nos unen y que los centros de arbitraje, JRD, de mediación, debemos replantearnos. Y yo quisiera nada más mencionar cuatro que son importantes para nosotros, que es la capacitación especializada, especialmente, nosotros como Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica que tiene un centro, pues, estamos encaminados a profundizar, a especializar a nuestros abogados y abogadas cada vez más, en el conocimiento para que no exista mala *praxis* en esta materia.

Por otro lado, estamos buscando siempre la garantía en la calidad de los procesos que estamos brindando en cualquiera de las etapas que estamos brindando, y hemos tomado este punto como un elemento trascendental para la credibilidad en los procesos de resolución alternativa de conflictos.

Finalmente, hemos tomado un tema que también debemos enfrentar con mucha seriedad para dar seguridad jurídica a estos procesos, a esta justicia alternativa que tienen los ciudadanos y ciudadanas y el Estado, que es la adaptación a las nuevas tecnologías.

De hecho, hemos realizado políticas de inteligencia artificial; eso con el fin de que en todos los procesos se garantice la honestidad, la transparencia de los árbitros, de los adjudicadores y cualquier neutral que participe en los procesos de resolución alternativa de conflictos.

De tal manera que digamos que estos son unos previos puntos que quisiera, nada más, dejar planteados y que creo que son vitales, no solamente en Perú, sino a nivel nacional, y que creo que todos aquí en este panel podemos compartir.

Primero que todo decirles que este panel se llama «Desafíos de los centros de arbitraje y JRD ante el incremento de árbitros, adjudicadores y centros golondrina».

Me acompañan en el panel Silvia Violeta Rodríguez Vásquez, directora del centro de la Pontificia Universidad Católica del Perú; me acompaña Miguel Santa Cruz, presidente de la Asociación MARC-Perú; me acompaña Christian Fernández-Prada, secretario general del Centro de Investigación, Arbitraje, Conciliación y Resolución de Conflictos de la Universidad de San Martín de Porres; y me acompaña María Elena Ventura, secretaria general del Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Quisiera también mencionar que nos acompaña y es parte de este panel, el señor Igor Vucsanovich, que es el actual gerente del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia, el cual no ha podido estar aquí por razones personales y situaciones que están pasando en su país.

Doy la palabra a Silvia Violeta Rodríguez Vásquez, y, bueno, tiene un currículum muy amplio. Voy a resumirlo. Es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios en Maestría en Derecho Civil por la misma casa de estudios. Cuenta con un diploma de postgrado en Derecho de la Construcción y un diploma en Obras por Impuestos por la Universidad Continental, es la secretaria general de Arbitraje, Conciliación y *Dispute Boards* en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú desde el año 2001.

Ha gestionado la supervisión de más de 5,500 arbitrajes en la unidad de arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tiene a su cargo el servicio de la JRD. Es, además, vicepresidenta de la comisión de arbitraje de la ICC Perú, y auditora certificada en sistemas en gestión antisoborno ISO 370001.

Adelante, Silvia.

Silvia Rodríguez Vásquez: Buenas tardes con todos. Primero, mi agradecimiento a Karina. Tomo las palabras de Alberto que dijo que este evento permite reunimos, tener otros espacios diferentes, a veces, que en Lima el tiempo, el trabajo no nos permite conversar tanto, y es un espacio de reflexión para mí necesario, absolutamente necesario, que, como el que acaba de hacer hace un momento Juan José, que nos hizo reflexionar y ver qué era lo que estábamos haciendo nosotros en el mundo del arbitraje. Me encanta que Karina haya puesto el nombre de «centros golondrina». Tan linda y tan amable ella, por no decir lo que decimos nosotros en Lima «centros truchos, centros piratas», etc., etc., que, en realidad, cuando vi ese nombre, que tomé lo que quiso decir Karina, no voy a poner algo referido contra estos centros, sino los nuevos desafíos que se están dando para las nuevas instituciones arbitrales, y que estos centros, en realidad, tienen un fin, pero vamos a ver si es que, en realidad, lo van a poder cumplir con la seriedad que ahora le quiere dar, entiendo, el OECE, y veamos si es que se puede dar.

Cuando Juan José hablo de 270 centros de arbitraje, en el Perú, en realidad, ya estamos en 295. Acabo de ver el RENACE, y ya estamos en 295. Somos el único país en el mundo que tiene tantos centros de arbitraje.

Pero ¿por qué pasa esto? Yo creo que es un círculo vicioso. Hablaba de que el arbitraje en el Perú es jurisdicción, y como que es jurisdicción, obviamente, es mucho más rápido salirse de la jurisdicción del Poder Judicial para irse y trabajar en temas con los árbitros, pero quiénes son esos árbitros.

El tema es que la ley de contrataciones actual nos dio la posibilidad de que en cualquier centro uno podía acercarse y pedir el arbitraje.

Primero tenemos que nuestra ley de arbitraje no solicita mayores requisitos para crear una institución arbitral. La ley de arbitraje es muy buena, la Ley Modelo UNCITRAL, pero, realmente, es un reglamento de arbitraje, es para desarrollar los arbitrajes, pero no habla nada, a diferencia, me parece, de lo que consultaremos a Marisol de lo que me parece que en Panamá se está dando, que regula mucho más el tema de los centros de arbitraje.

Entonces, solamente, nos pide ser personas jurídicas con o sin fines de lucro y ya tienes tu centro de arbitraje.

Y nuestra ley de contrataciones vigente, contrataciones del Estado, promovió esta creación de instituciones sin ningún tipo de requisitos. Entonces, comenzó el círculo vicioso porque dijo: «Bueno, se van a cualquier centro. Si no han puesto la institución arbitral que va a ver su caso, se van a cualquiera que sea centro». Entonces, alguien dijo: «¡Ah, podemos irnos!». ¿Quiénes están ahí? Árbitros no confirmados, gente que ya se sabe en qué mundo andaban, están atrás de esos centros.

Nosotros hemos hecho investigaciones y nosotros ya hemos dicho quiénes son. Nosotros, la corte de arbitraje de la Católica, ha dado algunos nombres, y muchos árbitros saben y han sido incluidos sin ningún tipo de permiso y están usando los nombres de varios árbitros conocidos para poder, de alguna manera, oficializar y darse un poco de seriedad.

Entonces, promocionó, promovió este tipo de centros, lamentablemente, la ley de contrataciones, pero ahora aún, porque el año pasado nos enteramos de que había una disposición del OSCE que decía que no podían poner el nombre de ninguna institución arbitral en las bases.

Entonces, se generó todo un círculo vicioso, hay muchos contratos que no tienen nombre de instituciones arbitrales, entonces, ahí tenemos el círculo vicioso que sigue avanzando y arrollando a todos y seguimos hablando de este tema.

Entonces, llegó la Ley General de Contrataciones Públicas n.º 32069 que entra en vigencia, lo hemos dicho todos, el 22 de abril, y entiendo que han querido hacer un alto a este círculo vicioso, pero, obviamente, ha generado desafíos y desafíos para centros grandes y centros pequeños, y esperamos que... todos, en realidad, que sean serios, podamos sacrificarnos.

Estos desafíos yo los he catalogado así como «intrínsecos» que vamos a ser nosotros desde dentro hacia afuera, y desafíos extrínsecos, qué va a pasar de afuera hacia adentro. He querido hacer esta distinción para que comprendan lo que puede suceder de aquí en adelante.

Entonces, en los intrínsecos tenemos el cumplimiento de los requisitos de las normativas públicas para organizar y regularizar el arbitraje. Ya todos lo han visto, tenemos este artículo 77 de la Ley n.º 32069, 318, en adelante, 318, y no es el único, son más de 400, pero el 318 es el que habla de que no se debe acreditar por qué hay un centro de arbitraje o un centro de organización de juntas de previsión y resolución de disputas, y así siguientes. Y ya tenemos las directivas que han salido prepublicadas y que en estas semanas se vencen varias opiniones que se tienen que dar y que hay que ir

cumpliendo porque, por supuesto, las directivas, no necesariamente atienden a lo que sucede en la realidad.

Entonces, ¿qué demanda, desde nuestro punto de vista, este nuevo contexto? Lo primero que demanda, para mí, son recursos económicos o financieros. Eso es un hecho. ¿Y por qué digo esto? Y ahora no sé si pueda regresar con esto, pero, de hecho, van a tener, por ejemplo, que certificarse en estos sistemas y certificación internacional dice la norma, si es que queremos ser un centro de arbitraje de «tercer piso», como le llamo yo. Primer piso son aquellos que son menos de 2000 UIT, vamos, y los de 2000 UIT para adelante, que son como diez millones de soles, aproximadamente, tienen que tener sistema de gestión de calidad, sistema de gestión antisoborno y ya 20,000 UIT, ya es algo más de cien millones el contrato, sistema de gestión de seguridad de la información.

Entonces, tenemos que esto cuesta, y no solamente cuesta económicamente hablando, porque sí cuesta. Cuesta en recursos humanos porque, de hecho, va a necesitar todo un equipo para poder certificarse, cuesta en recursos materiales y tecnológicos también, porque, de hecho, se les pide, por ejemplo, a nosotros, en el sistema de seguridad de la información, nos están pidiendo una serie de software y plataformas para poder certificar. Es una certificación internacional real, y, por supuesto, también va a demandar los recursos intangibles. Como les mencionaba, esta certificación tiene que ser internacional, es un gran desafío para aquellos centros que, por ejemplo, no tienen la certificación. La Católica, no sé si la Cámara lo tiene, nosotros tenemos los dos primeros. El tercero lo vamos a pasar en mayo. Ya estamos en las capacitaciones, etc., adquiriendo los *softwares*, todo lo que nos están pidiendo, pero me pongo a pensar, ¿esos centros en dónde necesariamente tienen esta capacidad si van a poder cumplir?

Entonces, les mencionaba que son desafíos grandes, pero creo que sí es necesario. Tomo también las palabras de Juan José, en el sentido de que, de alguna manera hay que parar ese círculo vicioso.

Por supuesto, también nos pide que haya una organización de la institución. Si ustedes entran a estos centros, busquen ahí en el RENACE un centro que les parece el nombre extraño, de repente, y van a ver que no sale quiénes son su corte de arbitraje o su consejo, no sale nada de eso. Con las justas sale, de repente, el nombre del secretario general, y eso que uno puede ver que es alguien muy joven que, de repente, está dando su nombre, pero no hay mayor información sobre la distribución de funciones, y, por supuesto, menos la identificación de las personas.

Ahora lo van a tener que hacer y se van a tener que identificar. Es más, ahora, ese órgano superior ya no va a poder arbitrar en ese mismo centro de arbitraje; podrán arbitrar en otro, pero no en ese. Y eso es algo que, de repente, ya no va a ser tan atractivo para determinados profesionales. De repente, van a decir: «A mí ya no me conviene que me pongas este nombre porque, en realidad, ya no voy a poder arbitrar, por lo menos, en tu centro».

¿Qué nos están pidiendo también? Tecnología moderna. Lo están pidiendo porque están pidiendo, por ejemplo, plataformas para hacer trazabilidad de la información.

Recuerdo que alguien me contaba que llevaban a un centro de arbitraje «X», no voy a decir el nombre, y le decían: «¿Qué día quieres que te ponga? ¿Qué día y hora quieres que te ponga?». Eso no puede darse.

Tecnología moderna. Nosotros tenemos una mesa de partes virtual donde se ingresa y ahí aparece la fecha en que ha ingresado con hora, y, por supuesto, las partes, por lo menos, que tramitan con nosotros tienen muy a la mano esta información. Si ellos saben que no ha ingresado, porque ven que ya pasó las doce de la noche, porque llegó las doce de la noche y no han presentado el escrito, entonces, al día siguiente, como a las 12:01, 12:02, 12:05 ya me están presionando: «no presentaron la...»; y, por supuesto, de acá, por favor, sigan adelante.

Entonces, ya nos están pidiendo esto, nuevamente, recursos económicos, recursos financieros y lo más importante, imagen y reputación de ética, independencia e imparcialidad, que esto es un recurso intangible y que esto es algo que, en realidad, es difícil de crear porque necesitas años para poder crear este tipo de imagen y reputación que lo van a necesitar.

¿Y cuáles son estos desafíos extrínsecos? Bueno, llegó el momento de relacionarse con los árbitros de otra manera, y eso es algo que, con el perdón de mis amigos que están acá, vamos a tener que hacer. Por ejemplo, quiénes ingresan a la nómina, cómo se confirman, cómo se sanciona a los árbitros, y solamente estoy poniendo esto, pero ustedes saben que en el artículo 94 de la nueva ley se habla de que los centros tienen que sancionar a los árbitros porque, si no, sancionan al centro. Y ahí hay una parte que, si no ha cumplido con lo que señala la propia norma, la propia ley, se tiene que sancionar.

Entonces, la relación con los árbitros va a modificarse, se está modificando. Entonces, sí, desde ya, creo que todos los centros toman nombre, de repente, de algunos centros más, les pedimos que trabajemos de manera distinta y se cumplan los plazos que deben cumplirse y se cumplan las normas que deben cumplirse, por ejemplo, subir el laudo, como hablaba hace un rato Alfredo, subir el laudo al SEACE. A nosotros nos llegan un montón de oficios pidiendo e informando que no se ha cumplido con subir el laudo al SEACE. Nos llega que no cumplen con la declaración jurada de intereses. Yo sé que hay muchos rebeldes que no les gusta hacer eso, pero están, y nos llega a nosotros esa información diciendo que, por favor, se cumplan con estas normas que se están pidiendo.

También vamos a tener una forma de relacionarnos con el OECE, como yo les dije, ahora el OECE está sobre los centros. Ahora ellos nos van a sancionar a nosotros y nos pueden retirar del RECAJU, nos pueden multar, etc., etc. Este no es el espacio para hablar de eso, pero es una nueva forma de relacionarse ahora con el OECE de parte de los propios centros. Por lo tanto, yo debo entender que estos centros golondrina, como los ha querido llamar Karina, deberían desaparecer, si es que no cumplen con todo esto.

Y, por supuesto, hay una nueva forma de relacionarse con las partes, porque las partes van a tener el poder ahora, incluso, de pedir que se sancione al centro, si es que no se está cumpliendo con las funciones que se debe cumplir.

Por último, solamente decirles que son una gran piedra pesada que van a tener todos los centros. Vamos a llegar a la meta. Yo creo que los centros siempre lo vamos a querer hacer, pero se necesita este compromiso y determinación para llegar a esta meta, e imagino que estos centros golondrina podrían volverse también centros serios.

Muchas gracias.

Dennia Fernández Morales: Muchas gracias, Silvia. Realmente interesante, y como ven ustedes, una pequeña reflexión nada más, rápida, tiene que ver mucho también el tema de la tecnología. Tenemos que mejorar la tecnología porque este es un aliado perfecto para poder realizar los controles necesarios.

Le doy la palabra a Miguel Santa Cruz Vital, presidente de la Asociación MARC-Perú, pero primero quiero presentarlo. Él es abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con especialización en Derecho Arbitral, Civil, Comercial y Administrativo. Forma parte de la nómina de árbitros y adjudicadores en los más prestigiosos centros. Siendo presidente de la Segunda Sala Permanente en la Segunda Instancia del Tribunal de Disciplina Judicial del Ministerio del Interior. Se ha desempeñado como consultor en diversas organizaciones, tales como la Agencia para el Desarrollo de los Estados Unidos y el Banco Mundial.

Miguel Santa Cruz Vital: Gracias.

Muy buenas tardes con todos y muchísimas gracias por estar aquí, siendo la hora avanzada: 18 y tantos. Lo primero que quiero hacer es agradecer, en la persona de Karina por la invitación a MARC. Bueno, venimos nosotros apoyando el tema de los mecanismos alternativo de la resolución de disputas hace ya más de veinticinco años.

Veo ese panel que está ahí y me siento más viejo porque yo empecé hace muchísimo tiempo cuando Franz Kundmüller era secretario general de la Cámara de Comercio de Lima, imagínense que estamos hablando hace un montón. Pero, bueno, aquí estamos dando batalla tratando de hacer nuestro mejor esfuerzo y ofreciendo, creo yo, a la comunidad arbitral un trabajo adecuado y un trabajo que habla por nosotros durante estos veinticinco años.

Cuando recibí la invitación, Karina, te soy sincero, lo primero que se me vino, le pasó a Silvia el tema de las golondrinas, y dije: «volverán las oscuras golondrinas», pero dije, si vamos a empezar con una poesía a esta hora, quizá se me van a quedar dormidos, lo haría si fuera más temprano.

Entonces, yo me voy a atrever a ponerles un pliego para ver si nos encontramos aquí, en este momento en el arbitraje del Estado.

Esta es una escena de una serie de televisión en Netflix, que no sé si ustedes la conocen, que se llama el *Mecanismo*. Una serie brasilera, hay un brasilero justo ahora. Ayer tuve la oportunidad de almorzar con Fernando. Entonces, en reconocimiento y agradeciendo, además, esta serie que creo que, además, tiene muchísimo que ver con el arbitraje porque era el caso *Lava Jato*. *Lava Jato*-Odebrecht/Odebrecht-arbitraje/arbitraje Perú y el desastre fueron los casos Odebrecht para el arbitraje; y, en especial, para algunos que están aquí y para otros que no lo están, y a los cuales yo reconozco muchísimo que han sido maestros míos que, como les decía, hace veinticinco años que vengo trabajando en este tema y que me enseñaron lo que sabemos.

Yo quería utilizar este tema del *Mecanismo* que todos los que estamos aquí, el centro, el que es árbitro, algún ingeniero de ahí, las partes, los asesores de las partes, y lo mencionaba también Paolo, con su intervención con los *third-party funds*; o sea, son gente que está interviniendo en el arbitraje y el tema de las juntas que es algo, bueno, y de las juntas que son cuestiones que nosotros vamos a ver como centros.

Bueno, creo que no voy a agregar nada más. La imagen, el video, todos los que estamos aquí sentados, Colombia, Brasil, Costa Rica, Chile o el que fuere, lo vemos y nos vemos inmersos en eso.

Entonces, una de las preguntas que planteaba este panel son los desafíos. Entonces, es qué hacer, qué hacer frente a esto.

Escuchaba varias de las cuestiones que ha lanzado Silvia en estos paneles. Ir a lo del asunto de hablar de la corrupción, es más, he tomado algunas notas, en verdad, que el policía, bueno, ustedes también lo están pensando, y no solamente ahora, sino de siempre.

Habíamos identificado, entonces, que tenemos un rol los encargados en llevar estos cambios al cierre. Yo no creo que sean las normas, no creo que se establezcan por ISOS más, ISOS menos, en 120 horas, 240 horas o más.

Se ha conversado aquí que estamos con una potencialidad altísima, como lo comentaba el día sábado. Elvira es parte del Centro MARC-Perú. La imposibilidad que va a tener Elvira de no ser designada árbitro en el centro. Entonces, no tiene lógica, no hay lógica.

Entonces, ¿qué podemos hacer? Yo no tengo la bolita mágica. Lo único que sí podría decirles es que, si a nosotros nos interesa esto llamado arbitraje, llamado JPRD, llamado las DABs, llamado mediación o el ADR que vayamos a utilizar hacia adelante, es que adoptemos compromisos, ISOS reales, que sean accesibles, y creo que parte de lo que se conversó, por ejemplo, en el panel IV, fue buscar estándares comunes de independencia, imparcialidad, transparencia y profesionalidad.

Se me ocurre, tuvimos una reunión la semana pasada con algunos centros y algunos árbitros y abogados de estudios importantes, a propósito del marco de ICC; y son esfuerzos que se está haciendo desde este lugar, del privado, igual que nos ha tocado a nosotros para tratar de hacer fuerza común y apostar y apoyar, y, si quieren decirlo, poner nuestra cabeza ahí en pos del arbitraje. Es lo que nos toca a nosotros; el arbitraje y los mecanismos alternativos, y les decía la JPRD.

En fin, entonces, ¿qué compromisos podríamos tener? En primer lugar, se me ocurren los centros de arbitraje, nuevo término.

Consideramos, entonces, que los centros que se encargan de administrar ADRs, es aumentar previsibilidad en las ocurrencias en los procesos arbitrales. Por ejemplo, la aplicación del reglamento, ¿cómo va a actuar frente a recusaciones?, el tema de admisión y confirmación de árbitros, en cuánto han sido sometidos así, a su distancia, y con ello las partes y sus abogados podrán prever qué situaciones, se se pueden dar situaciones análogas para saber cuál va a ser la respuesta a esas.

La publicación de las normas solamente va a abonar a la seguridad que se debe ofrecer a los usuarios, y algo que me parece importantísimo: el Perú y nuestra comunidad arbitral no puede olvidarse de los más de veinte años de experiencia en el arbitraje. Señores, tenemos un *know-how* importantísimo.

Entonces, pongámoslo en guías, como puede hacer el Club Español del Arbitraje o acá siempre hacemos referencia a las Reglas IBA para el tema de medios probatorios. Hagamos ese trabajo, ese compromiso en parte de los centros y de los árbitros, ¿por qué no? Y también no podemos olvidarnos de las partes, sus asesores, también deben tener compromiso. Y, por ejemplo, eso es algo que he buscado en los reglamentos y en los reglamentos, básicamente, está lo del tema de la confidencialidad, no hay ninguna obligación para los árbitros.

Bueno, entonces, pienso alguna directriz, alguna directiva o algo así que podría ayudar a ello.

Y finalizo con el tema de los compromisos que nosotros los árbitros, los adjudicadores, en fin, se suele decir que el arbitraje vale la calidad del árbitro. Eso creo que ya está dicho en mil foros, así que no les traigo nada nuevo, pero, entonces, nuestra misión como árbitro, como adjudicador se fundamenta, básicamente, en la confianza y el respeto que nos han otorgado las partes que nos han designado.

Hagamos la cuestión, si quieren de fe, comportémonos como nos debemos de comportar, porque ISOS han existido, y no duden, señores, que esos ISOS ya los tienen las entidades y los centros de arbitraje que todos conocemos y que saben, perfectamente, que ya los tienen. Los tienen hace dos meses o hace seis. Entonces, por favor, escapa el de ISOS o el de 120 horas, escapa de eso. No olvidemos la práctica arbitral, la práctica arbitral nuestra no es solo única y exclusivamente la práctica del arbitraje y el Estado. La práctica del arbitraje es la práctica del arbitraje total: privados y públicos.

Muchas gracias.

Conferencia magistral: «Integridad»

Mario Castillo Freyre

Presentación del libro: «Construcción y arbitraje».

Segunda edición del autor Juan Eduardo Figueroa Valdés

Fabiola García

[La conferencia magistral y presentación del libro no fueron registradas en audio ni video]

DÍA 2 / 18 DE MARZO DE 2025

CONVERSATORIO: DABs EN LATAM

Karina Zambrano Blanco

Jerry P. Brodsky

Fernando Marcondes

Karina Zambrano Blanco: Muy buenos días. Sé que ayer ha sido una jornada increíble académica y también social, que ha terminado a altas horas de la noche y que no les permite estar a todos muy temprano.

Pero, ayer se ha logrado el objetivo, ¿y cuál era ese objetivo? Entender que primero debemos ser felices para poder trabajar. Y hemos organizado una serie de actividades anteriores, paseos, visitas, comida; y, finalmente, ayer hemos terminado con una danza cultural de Cusco, que representa a la Fiesta de Paucartambo que Jaime conoce muy bien y es la que más le gusta.

Y, bueno, lo importante es que ustedes han conocido la cultura cusqueña, la cultura peruana, y han degustado, tanto de comida, danza y alegría.

Entonces, en ese sentido, para nosotros, el día de hoy es muy importante porque empezamos el bloque fuerte, que es el sector de construcción, JRD, solución de controversias mediante DABs y todos los temas técnicos que, normalmente, sucede en la ejecución de las obras adicionales, expedientes técnicos, el tema de la hoja de ruta, compensaciones, alertas tempranas, etc., etc.

Entonces, para ello, para iniciar este gran bloque, hemos invitado a dos grandes expertos. Muy humildes ellos, porque han tenido el honor de conectarse virtualmente.

Primero voy a presentar a Jerry Brodsky. Jerry Brodsky, bienvenido, ¿cómo estás Jerry?

Jerry P. Brodsky: Buen día, buen día con todos. Buenos días a todos.

Karina Zambrano Blanco: Muy buenos días, Jerry. Jerry Brodsky es socio y director del área de asesoría para América Latina de Peckar & Abramson. Jerry es trilingüe, habla inglés, español y portugués. Y sí, yo lo he escuchado en Brasil hablar en portugués.

Obrigada.

Jerry está acreditado por el Colegio de Abogados de Florida como especialista en derecho de la construcción. Muchos de los asuntos que vienen aquí, involucran transacciones y disputas muy estructurales, domésticas y transfronterizas.

Un fuerte aplauso para Jerry, por favor.

Jerry P. Brodsky: Muchísimas gracias, Karina, y muchísimas gracias a la Asociación Zambrano por esta gentil invitación.

Un detalle que no incluiste en tu introducción: soy nacido y crecido en el Perú, y la blanquirroja la tengo debajo de la camiseta azul.

Como dices, los saludo desde Miami al Cusco, el epicentro histórico de la ingeniería y la construcción en América, tierra del gran Inca Pachacútec: edificador, constructor y visionario. Tierra de importantísimas obras de infraestructura. No es difícil imaginarse que en estas obras inmensas, complicadísimas, hubo disputas, hubo controversias durante la construcción. No es difícil imaginarse que, por ejemplo, quizás el reloj del sol, la primera vez que lo hicieron no quedó perfectamente alineado, y el Inca lo rechazó y lo tuvieron que arreglar y lo tuvieron que volver a hacer.

No es difícil imaginarse que la civilización inca, igual que el resto de los grandes imperios, evolucionó para no tener que recurrir a la violencia para resolver sus conflictos, y no es improbable que,

para esas situaciones, las partes recurrieron a terceros para que los ayuden a resolver controversias y disputas porque la obra tenía que terminarse, porque el Inti Raymi no se iba a retrasar.

Sí, era sí o sí, y no es ilógico pensar que, para escoger a estas personas, las partes buscaban a personas imparciales, personas respetadas, personas con sabiduría, conocimiento, experiencia, o sea, en principio, un *dispute board*.

Fundamentalmente, nada ha cambiado. Las grandes obras civiles siguen siendo esenciales para el orden, progreso en Brasil y el desarrollo, y en las grandes obras ocurren el mismo tipo de controversias que hace 800 años: defectos, retrasos, condiciones imprevistas, la naturaleza es la misma, y al igual que desde siempre, existen aquellas personas a quienes las partes recurren cuando no se ponen de acuerdo y cuando resolver es más factible que la violencia o la guerra.

Y las características fundamentales de estas personas siguen siendo las mismas: imparcialidad total y absoluta en acciones y en apariencias. Ser respetado, no solo por obligación, sino por actuación. Respeto ganado, respetando, y haciendo las cosas dando todo de sí mismos.

Sabiduría, ser sabio no significa saber mucho o saber más que otro, significa saber aplicar lo que uno sabe para el bien de la sociedad, como, por ejemplo, ayudar a otros a resolver controversias y conflictos sin matar a la gallina que pone los huevos de oro, y, por último, conocimiento y experiencia son las cualidades esenciales. Conocimiento y experiencia no significa haberlo sabido o haberlo vivido todo. Significa tener la virtud e inteligencia y humildad para aprender y entender de lo que uno vive y de aquellos que saben más que uno. Significa saber utilizar lo que uno va aprendiendo en el camino de la vida y el ejercicio profesional, separando lo malo de lo bueno y aplicando lo bueno en los siguientes capítulos y experiencia.

Estos son, han sido desde siempre y seguirán siendo los ingredientes de un *dispute board* exitoso. Y cuando hablo de *dispute board* hablo de todas sus variedades: JRDs, *dispute boards*, DABs, DRBs, separando, digo, son las condiciones imprescindibles para que los *dispute boards* sean exitosos y cumplan su misión y propósito.

Estas no son aspiraciones, son elementos esenciales para que el modelo funcione y tiene que funcionar, y tiene que funcionar bien porque todos sabemos que lo que no funciona y no sirve, tarde o temprano, se acaba.

Por lo tanto, sobre esta institución, entre otras, de alto nivel y calidad, y sobre ustedes, los que utilizan el modelo como docentes, partes, miembros de DB, etc., recae la responsabilidad de instruir, difundir, buenos hábitos y prácticas, las mejores, y proteger este modelo contra el abuso y el mal uso de los *dispute boards*.

Les deseo una excelente conferencia, que los *dispute boards* sigan aportando al desarrollo del Perú, el resto de América y vuelvo a agradecer muchísimo la invitación de la Asociación Zambrano.

Muchas gracias.

Karina Zambrano Blanco: Jerry, muchísimas gracias. Has incidido en tres aspectos fundamentales que debe tener todo *dispute board*: la sabiduría, el servicio y la independencia.

Muchísimas gracias por hacernos recordar cuáles son nuestros pilares fundamentales para ser *dispute board*, adjudicador o mediador o árbitro; y, sobre todo, viniendo de un peruano.

Así es que, Jerry, queremos darte las gracias por tu tiempo y por la generosidad que has tenido a bien compartir con nosotros.

Jerry P. Brodsky: El gusto y el honor es mío, Karina.

Muchas gracias a todos.

Karina Zambrano Blanco: Gracias, Jerry.

Y, bueno, ahora vamos a presentar a Fernando Marcondes.

Fernando Marcondes es brasilero, con 40 años de experiencia en el ámbito jurídico. Se ha desempeñado por más de 30 años como abogado en las áreas de construcción e infraestructura, después de la introducción del arbitraje en Brasil, con particular éxito en nuestra historia del mercado en los que ya operaba.

Empezó a dedicarse a este método de resolución de conflictos inicialmente como abogado y pronto también como árbitro, función en la que actúa desde el 2002.

Querido Fernando, bienvenido a Cusco, ombligo del mundo.

Fernando Marcondes: Gracias, Karina. Muchas gracias por la invitación.

Lamento, de verdad, no estar ahí con los otros participando, principalmente, en los eventos sociales, donde están todos los amigos. Tengo acompañado el grupo de WhatsApp, las fotos y me dan muchas ganas de estar ahí con vosotros, pero, desafortunadamente, no tuve la oportunidad.

Bien, estaba pensando que vamos a hablar de la idea con el portuñol de alto nivel que tengo, hablar un poquito de las preocupaciones que tenemos con la implementación de los *dispute boards* de la manera correcta en los países de Latinoamérica, donde están empezando. Vemos hoy el Perú con una actividad bastante fuerte de *dispute boards*. Creo que es hoy el país que más tiene los *dispute boards* activos en América Latina, en Latinoamérica. En Brasil tenemos ya bastantes también, pero en Perú hay un movimiento muy fuerte gracias a la Ley de Contrataciones Públicas que lo instituyó desde el 2013 y la reglamentación y etcétera, ideas muy interesantes como la posibilidad de solamente iniciar arbitraje después de que se termina la obra, siendo que las decisiones de los *dispute boards* prevalezcan durante la ejecución del contrato. Esta es una seguridad muy buena para las partes.

Tenemos algunas preocupaciones no más en Perú, ahora hablando un poquito aquí de lo que pasa en Brasil porque aquí se está buscando reglamentar *dispute boards* en la legislación. Tenemos ya la reforma de las contrataciones públicas que les mencioné que está en vigor, que es la Ley n.º 14133, que prevé la utilización de *dispute boards*, pero no hay reglas determinadas en la ley, hay proyectos de ley que tienen el reglamento establecido, pero todavía no se han convertido en ley. Y hay una resolución de la Agencia Nacional de Transportes Terrestres donde se instituyen los *dispute boards* para contratos de concesiones. Y ahí hay algunos puntos de preocupación. Estuve bastante activo con la agencia para ayudarlos a hacer esta resolución de la manera más eficiente posible, pero me explicaron que algunos puntos no son posibles de poner de la manera que sería ideal; y, entonces, inicialmente, tenemos una resolución que me trae unas preocupaciones.

Por ejemplo, una de ellas es que la agencia tiene la facultad, solamente la agencia, no la parte contratada, la parte privada, la facultad de decidir si quiere o no seguir a la determinación del DAB, aunque sea un DAB de adjudicación, la agencia debe decidir bien. «No creo que deba seguir a esta decisión». La trata como si fuera una recomendación.

Esto no me parece que sea algo saludable, porque primero que trae un desequilibrio entre las partes. La parte obligatoriamente tiene que seguir una decisión y la otra parte decide si la sigue o no. Me parece que eso va a dar un buen resultado.

Y el otro punto preocupante es que se limita a los temas que los *dispute boards* pueden decidir, y uno de los temas es que los DBs no pueden decidir ese equilibrio económico-financiero del contrato.

Mira, prácticamente, todas las decisiones, todos los temas que se somete un *dispute board*, buscan, en un último análisis, el equilibrio económico-financiero del contrato.

Entonces, me parece que esta disposición sería como que volver el *dispute board* en algo inútil. Están ahora empezando a poner los *dispute boards* en sus contratos a ver las experiencias que vendrán y las modificaciones que van a, finalmente, perseguir qué tienen que hacer para que se pueda utilizar la herramienta de manera eficiente.

Pero, de hecho, hay esa preocupación. Nosotros, que estamos tantos años trabajando para divulgar, educar y promover los *dispute boards*, en nuestros países de Latinoamérica nos preocupa mucho que ideas de personas que tienen un contrato con un *dispute board* que va a poner un *dispute board* en sus contratos y tomo una experiencia de más de 50 años que ya está bastante testada, los errores ya fueron cometidos y todo, pero, una persona genial que lo ve, pues, la primera vez dice: «Mira, muy interesante, pero creo que puedo hacerlo todavía mejor», y cambia algo que, simplemente, equivale a meter los *dispute boards* a la basura.

Entonces, estas ideas geniales tienen que ser evitadas. Hay que seguir, volveremos desde el principio hasta que se establezca con bastante seguridad, seguir las fórmulas que ya están testadas, que ya están debidamente probadas. Es la manera más segura de utilizar los *dispute boards*, de incidir esos *dispute boards* en los ambientes jurídicos de Latinoamérica, de manera que no sean tontamente rechazados por las partes porque se muestran ineficientes o igualmente inútiles por los cambios que las personas con ideas geniales los hicieran.

Esta es una preocupación que tenemos y que me gustaría expresarla aquí.

Muchas gracias, Karina.

Karina Zambrano Blanco: Un fuerte aplauso, por favor.

Gracias, Fernando. Es importante esa precisión porque nosotros ya en Perú estamos sufriendo las consecuencias en las limitaciones del mecanismo de la JRD, los adjudicadores no pueden pronunciarse sobre adicionales.

Y cómo no pronunciarse, si toda obra tiene cambios, toda obra tiene modificación, toda obra se construye en el camino. Entonces, efectivamente, el 22 de abril de 2025 ya entró en vigencia la nueva Ley de Contrataciones, en la cual la hace obligatoria desde el inicio e, incluso, es tanto el entusiasmo el que tenemos los peruanos, que hemos ampliado la competencia de la JRD para suministro de bienes y servicios.

Y, claro, la idea es utilizar este mecanismo para deducir cualquier controversia que pueda generarse después y evitar el incumplimiento de los contratos con el Estado.

Sin embargo, la principal modificación consideraría que debería ser dejar sin efecto esta limitación de pronunciarse sobre adicionales para que el mecanismo se pueda ejecutar ampliamente y con libertad y pueda lograr el efecto deseado.

Tú has dicho que los *dispute boards* ya han sido testados; es decir, ya se logró superar el error y después de muchas prueba-error, prueba-error tenemos un mecanismo muy eficiente, pero depende también de quién lo usa. A ambos nos han ayudado, sobre todo, a incidir en los principios y también en la práctica cómo debemos usar este mecanismo.

Y le hago una pregunta a los dos.

Si ustedes tuvieran la oportunidad de modificar alguna norma o deducir en cuanto a la normativa peruana, ¿qué ustedes propondrían? ¿Qué nos sugieren al Perú que podríamos incorporar o dejar de hacer para que este mecanismo sea más eficiente? ¿Es un tema de normas o es un tema de personas?

Jerry P. Brodsky: Si me permites, Karina, yo te diría que es un tema económico, más que nada. ¿Por qué?

Fundamentalmente, el *dispute board* lo que hace es controlar el flujo de recursos al proyecto, el *cash flow*. Un arbitraje decide si el proyecto es un éxito financiero o no y eso ocurre mucho después, pero el *cash flow*, la sangre que hace que le da vida a los proyectos es la competencia y la jurisdicción del *dispute board*, en cualquiera de sus variedades y colores que exista.

Por lo tanto, cualquier regulación o limitación que impida o interfiera con la habilidad y la potestad de un *dispute board*, de decidir temas que inciden sobre el *cash flow* de un proyecto, tal como, por ejemplo, órdenes de cambio, limita y le quita valor al modelo porque ya el *cash flow* no lo puede controlar y de la manera que el modelo está diseñado para hacerlo. Está diseñado para que una o tres personas imparciales con conocimiento que ya lo vieron y que no tienen interés decidan si esta orden de cambio que pide el contratista, que no la puede financiar por sí mismo, es propia o no propia.

Si es que la *dispute board* no tiene jurisdicción para decidir eso; pierde un aspecto muy fundamental de su valor y de su función, en mi opinión.

Fernando Marcondo: Sin duda, totalmente de acuerdo, Jerry.

Y, Karina, preguntaste si pudiera cambiar algo, si yo cambiaría alguna cosa, le voy a devolver la pregunta porque yo no tengo gran familiaridad con el régimen de JRDs. Ya me invitaron a trabajar en JRDs, pero no he estado en condiciones de aceptarlo, entonces, no tengo familiaridad con el funcionamiento exacto de este mecanismo, pero, me pregunto y ahí pregunto a ustedes que están ahí en Perú que utilizan esta herramienta, si, de hecho, era necesario crear una nueva herramienta. Si era el caso, efectivamente, de tener otra, otro mecanismo y no el mecanismo de *dispute boards* que ya está establecido hace tanto tiempo.

No sé si, efectivamente, están funcionando adecuadamente los *disputes boards*, las JRDs en Perú. Me gustaría, incluso, de saber de la experiencia de los que la están viviendo.

Bueno, es una pena porque falta escuchar a Fernando, pero ya Jerry nos dijo que el programa de los *dispute boards* no es un tema de persona ni de normas, es un tema de *cash flow*, o sea, las partes, sobre todo en el Perú, las entidades no quieren pagar a los adjudicadores, y, actualmente, tenemos muchos temas de las JRD, temas de falta de pago, y eso es toda una gestión, y miren, y eso que la JRD es institucional porque se encarga de todo eso.

Karina Zambrano Blanco: Bueno, ya escuchamos a Jerry. Muchísimas gracias, Jerry.

Jerry P. Brodsky: Karina, si me permites un minuto, quisiera aclarar un comentario que hice y que has repetido y que quiero darle el matiz correcto, si es que me lo permites. Si no te da el tiempo, no hay ningún problema.

Karina Zambrano Blanco: Con gusto, por favor.

Jerry P. Brodsky: A lo que yo me refería, al decir que el *dispute board* incide sobre el *cash flow* del proyecto, no me estaba refiriendo, precisamente, al pago a los adjudicadores, sino que si, mediante limitaciones del modelo, el *dispute board* no puede decidir, por ejemplo, reclamos o controversias sobre

órdenes de cambio, esas órdenes de cambio son las que llegan a ser el *cash flow* del proyecto. Si las órdenes de cambio son legítimas y no son aceptadas y el *dispute board* no se las puede conceder al contratista cuando es apropiado, quiere decir que el contratista está financiando esos trabajos adicionales y las espaldas de los contratistas no aguantan ese peso.

Entonces, quitarle al *dispute board* la autoridad o la jurisdicción sobre órdenes de cambio, es amarrarle las dos manos detrás de la espalda al *dispute board*, en mi opinión.

Eso es lo que quería aclarar, no era el pago al adjudicador, sino el *cash flow* del proyecto, la sangre del proyecto.

Fernando Marcondes: Te matan la utilidad.

Jerry P. Brodsky: Gracias, gracias por darme la oportunidad de aclarar.

Karina Zambrano Blanco: No, gracias a ti.

Y, Fernando, ¿cómo crees que podríamos mejorar la situación de los *dispute boards* en Perú y Latam?

Fernando Marcondes: Yo creo, Karina, que es un tema que todavía es necesario dedicarle días en la educación de los utilizadores de la herramienta, como en toda Latinoamérica, como en todos los sitios fuera de Estados Unidos, los *dispute boards* son imposiciones de financiadores o imposiciones legales como en el caso de Perú.

Entonces, la primera reacción que vemos de las partes es una reacción de hostilidad. Tenemos que utilizar esta herramienta porque es una determinación de su financiadora, determinación de la Ley de Contrataciones Públicas y tenemos que poner esto en nuestra vida, como si fuera algo con lo que tengo que convivir por obligación, cuando la verdad es que es una herramienta muy útil y muy necesaria.

Entonces, lo que muchas veces vemos es, inicialmente, en la parte inicial hay una cierta indisposición de las partes delante de la presencia de los *dispute boards*. O sea, concientizar a las personas que están involucradas en este tema de la utilidad de la herramienta. Trabajar directamente, no solamente con nosotros que somos aquí todos ya convertidos. Estamos aquí hablando de personas que son entusiastas en el uso de *dispute boards*, pero hablar para la sociedad, hablar para las empresas, hablar para los agentes públicos para enseñarles cómo esta herramienta puede ser vista como algo muy positivo, y educar, principalmente, a los abogados que tienen que estar conscientes de que su rol en los *dispute boards* es un rol accesorio, periférico. Nosotros abogados, a nosotros nos gusta protagonismo, pero los *dispute boards* son herramientas de ingenieros y que nosotros estamos ahí para contribuir. Entonces, nuestro rol es un rol de soporte y no de protagonismo. Esto es importante para que se tenga a la vista para que el instituto de *dispute boards* no se convierta en otro campo de batalla entre abogados. Esto es muy importante.

Estas son las cosas que consideré poner más energía para mejorar la utilización de *dispute boards*.

Karina Zambrano Blanco: Qué gran mensaje, Fernando. A nosotros los abogados, efectivamente, nosotros tenemos el don de soporte, y creo que ese mensaje va a ser muy importante transmitir en esta conferencia y también el mensaje de Jerry, es decir, que la herramienta no debe tener ninguna limitación para su real funcionamiento.

Estamos muy agradecidos. Por favor, un fuerte aplauso por la deferencia de estar con nosotros.

Recién llegado desde Londres, ha pasado por Perú y ha llegado a Cusco y ahora está en Machu-picchu.

Así es que bienvenidos y muchísimas gracias.

Los dejamos, gracias, Jerry y Fernando.

Fernando Marcondo: Gracias, adiós.

Jerry P. Brodsky: Mucha suerte.

PANEL VIII. DESDE EL *BOUNDARY* A MACHUPICCHU DE DABS A JRD

Luis Finkunaga (moderador)

Jerry P. Brodsky

Pablo Laorden

Fernando Marcondes

Natalia Barrera

Tatiana Herrada

Karina Zambrano Blanco: Muchísimas gracias.

Ya tenemos presente aquí para el siguiente panel el día de hoy a Luis Fukunaga. Luis Fukunaga es representante para Perú de la DRBF. La DRBF es una institución que congrega expertos en tema de construcción y solución de controversias.

Realmente, la labor que está haciendo es positiva en el Perú y en el mundo. Además, él es ingeniero civil, es MBA, máster en *project management* y concesiones, certificados PMP y PMO del Project Management Institute en contratos FIDIC y NEC, así como asociaciones público-privadas, estudios de postgrado en USA, España, Reino Unido, Japón y Perú. Tiene una gran experiencia. Experto en ingeniería, construcción, infraestructura y APPs con más de tres años de trayectoria profesional, directiva, operativa y ejecutiva, habiendo ejecutado proyectos en los sectores de transportes, minería, energía, salud, educación, hidráulica, saneamiento, edificaciones incas.

Es presidente y miembro de DABs y de JRDs en proyectos de diseño y construcción en Perú, Latinoamérica y África.

Experto y docente de postgrado, entrenador y expositor de la DRBF en eventos en Perú, Latinoamérica.

Integra listas de adjudicadores en Perú, Costa Rica, Chile y la Asociación Zambrano.

Es un honor presentar a Luis Fukunaga. El Perú, en los últimos años, no solo está exportando mecanismos eficientes como el arbitraje y las JRDs, sino también profesionales. En esta mesa tenemos a los dos más grandes profesionales peruanos, a Luis Fukunaga y a Jaimito.

Un fuerte aplauso y bienvenido a nuestro evento.

Luis Fukunaga: Bueno, muchas gracias, Karina.

En verdad es siempre muy grato y un honor formar parte de estos eventos. Yo ya, desde hace algunos años, tengo el privilegio de venir a Cusco y tener la oportunidad de presentar tema vinculados a los *dispute boards*. En esta oportunidad, conversando con Karina y siguiendo lo que han comentado, tanto por Jerry como Fernando, el objetivo nuestro es poder mostrar, darle una mirada, digamos, a esta evolución que han tenido los DABs internacionalmente, y, de alguna manera, cómo se han ido conectando con Perú y cómo, actualmente, estamos, justamente, realizando una serie de proyectos que, como sabemos todos, por un lado, tienen DABs o, por otros, tienen juntas de resolución de disputas.

En ese contexto, pues, vamos a tratar de graficar, a través de experiencias que vamos a compartir, y, para lo cual, pues, es un honor compartir esta mesa con profesionales de primer nivel, a los cuales voy a presentar a continuación.

En primer, lugar, Pablo Laorden, es abogado especializado en ingeniería en construcción, especialista en el mundo FIDIC, muy conocido a nivel internacional, es *fellow* del Chartered Institute of Arbitrators, formador y adjudicador reconocido por FIDIC y asesora en materia legal en proyectos de construcción en diversas partes del mundo. También participa como miembro DAB y en procedimientos de diferentes proyectos.

Como formador FIDIC ha impartido más de cien cursos oficiales a más de mil alumnos en más de veinte países.

Es un honor contar con Pablo y, seguramente, va a ser muy interesante compartir y contar sus experiencias.

Bienvenido, Pablo.

Por otro lado, voy a presentar a Tatiana Herrada Sánchez, quien nos acompaña virtualmente.

Tatiana es abogada, árbitro adjudicadora y consultora fundadora de CDR Consulting, especializada en derecho de la construcción y resolución de controversias.

Como fundadora y directora de CDR brinda asesoría estratégica, técnica y contractual, enfocada en la ejecución en proyectos de infraestructura, así como la prevención y la solución de disputas a través de *dispute boards* y arbitraje.

Bienvenida, Tatiana, que, además, ha sido su cumpleaños el día de ayer, así que les pedimos un fuerte aplauso para celebrar su cumpleaños.

Y, finalmente, está a mi derecha la arquitecta Natalia Barreta, que ha estudiado en la Universidad Nacional de San Agustín y también en la Universidad de Sevilla de España. Tiene un Máster en Urbanismo y Ordenación de Territorio en la Universidad Sevilla, un Máster de Prevención de Riesgos y un MBA en la IACE Business School. Ha realizado diferentes programas de gestión de proyectos como el MIP. Posee certificaciones FIDIC y también NEC, y cuenta con más de 25 años de experiencia profesional desempeñándose como gerente general y fundadora de 3 6 9 CONCEPTO; además, es miembro DAB y adjudicadora en varios proyectos en nuestro país.

Bienvenida, Natalia.

OK; entonces, vamos a comenzar con la exposición de lo indicado, escuchando a Pablo, quien nos va a dar esta mirada internacional y compartir sus experiencias.

Adelante, por favor, Pablo.

Pablo Laorden: Buenos días a todos. Primero agradecer a Karina la gentil invitación y por fin lo he conseguido, después de varios intentos de venir.

En Madrid tenemos un dicho: estamos muy orgullosos de nuestra ciudad, y el cielo es muy limpio en Madrid y decimos que «De Madrid al Cielo», respecto a que Madrid es la mejor. Entonces, yo he venido de Madrid al Cielo.

(Aplausos).

Entonces, me intriga un poco, históricamente, no en balde, pues, soy mayoría, no lo voy a negar, una pregunta, ¿quién de aquí nació antes de 1975? No hacen falta las mujeres que van a votar, pues, enhorabuena, sois más viejos que los *dispute boards*. O sea, estamos hablando de algo bastante nuevo. Entonces, alguien nació durante el primer arbitraje, no creo, ni el primer *twitter*, no creo. Alguna momia que esté ahí guardada...

Pero, bueno, ¿por qué decía esto? Porque, si estamos hablando de algo realmente nuevo, joven, ¿no?, y que, aunque ya ha alcanzado la edad, ya tiene cierta edad, es una herramienta en transformación, que es lo interesante, y aquí lo que hacéis es, en todo margen, en Perú es fabuloso.

Bueno, y además, comentaba ayer, que yo estaba en el 1998 en Inglaterra, cuando se implementó ahí el Transaction Act e hizo obligatorio el Adjudication, el único proyecto que en el mundo hizo eso.

Y antes estuve en el congreso nacional de Dispute Boards en el año 2002. También tuve un compromiso con un arbitraje a nivel mundial en todo este proceso.

Entonces, un poco de historia que tengamos, tiene sentido que tenga unos diez minutos con control, y así no exceder el tiempo.

¿El *dispute board* cuándo nace? Nace en los años setenta, y un poco se han hecho unos informes en Estados Unidos que abren un cierto túnel de recomendaciones y de las adendas usadas en la industria, y entre ellos, las relaciones que tenían para mejorar cada procedimiento, siendo la más compleja, en los años setenta, era un poco que empezó la transición, todavía no se hacía, el túnel se hacía mucho más exclusivo, directamente, ya en los setenta, ochenta, que tenían las máquinas de las adendas, las páginas de incorporación, que ya por los noventa casi se les hacía en perforación.

Túneles siempre tenían problemas. Complicaciones y costos, eso era lo complicado; los contratos, los contratantes y los contratistas le echan un vistazo y estiman su oferta y los obreros tratan de manejarlos.

Y, entonces, creo que una recomendación es llevar el presupuesto de cuánto te va a costar, pónganle 1974. Y mi única recomendación es, fíjase que es curioso, año 1974. ¿Cuánto es eso? Hace cincuenta años. Mi única recomendación es, hay que mejorar el compartir los riesgos; compartir los riesgos, si no esto no va a funcionar. Problemas financieros, hay que encontrar remedios para los reclamos, resolverlos rápidamente, no como se está tratando actualmente. Hay que estimular la inversión en construcción y hay que construir la industria que menos ha evolucionado en los últimos dos mil años.

Y, entonces, a raíz de esas recomendaciones y discusiones, digamos que el primer *dispute board* oficial fue en el año 1975, una obra de un túnel. Un túnel que acabó con ciertos problemas, el segundo túnel que era paralelo, implementando este mecanismo, y decía que funcionó, llegada la hora con una ampliación de plazo-coste, pues, mucho menor. No fue un arbitraje, que era lo habitual, o juicio, y ese fue el germen que la industria dijo: «Oye, ¿cómo lo habéis hecho?». Pues, hemos implementado esta medida, hemos contratado unos profesionales ingenieros que saben de esto que han hecho los túneles, saben de gestionar contratos, proyectos y nos han ido acompañando, han venido a ver la obra, y cuando había ciertos problemas, les mandábamos. Solo le mandaron tres disputas que sé que se mandan, formalmente, al *dispute board*. No, pero todo acabó bien, todo el mundo contento. Creo que el presupuesto era al inicio 103 millones, y al final terminó en 8 millones, lo cual era un éxito increíble comparando con las de otros túneles. Con lo cual, ahí empieza.

Entonces, la cosa es que fue la industria de la construcción la que dijo que hay que cambiar y no solo haya el mundo del arbitraje en unos años.

Entonces, empezó a desarrollarse del boca a boca. Acordarse de que no teníamos Internet, los años setenta, ¿no? Y fue implementándose, poco a poco, en proyectos, hasta en proyectos estatales, se fue implementando, boca a boca, de proyecto a proyecto.

[El resto de esta conferencia es inaudible]

Luis Fukunaga: Muy interesante la mirada que le has dado primero a la evolución de los *dispute boards* y contándonos alcances generales de los lineamientos o experiencias, digamos, que se pueden dar en diferentes partes del mundo.

Bueno, ahora vamos a escuchar a Tatiana Herrada. Como ustedes saben, y Pablo lo mencionaba en estas oportunidades, por ejemplo, de hacer proyectos vinculados a juegos deportivos, se ha dado, especialmente, una oportunidad para la implementación de *dispute boards*, y en Perú, todos estamos al tanto de que los Juegos Panamericanos, hace varios años ya, pues, se generó esta posibilidad de la

implementación del contrato gobierno a gobierno; y, a su vez, crearon un espacio para el empleo de contratos internacionales; y, a su vez, de *dispute boards*.

Entonces, Tatiana nos va a dar una mirada, hacer una revisión de este espacio, ya viniendo con mayor fuerza los *dispute boards* en Perú, contándonos algunas experiencias después de los Juegos Panamericanos, han venido sucesivamente los proyectos de la RCC, luego, los acuerdos Bicentenarios, la Carretera Central. Se vienen otros más y, paralelamente, tenemos todo este espacio con la junta de resolución de disputas y ahora junta de prevención y resolución de disputas.

Por favor, Tatiana, bienvenida y te escuchamos.

Tatiana Herrada: Muchas gracias, ingeniero Fukunaga por la presentación. Hola Pablo, Natalia, Karina, muchas gracias por la invitación,

Estoy contenta de estar con ustedes, pero no tan contenta como hubiera estado si estuviese en Cusco, pero ya nos encontraremos en otra oportunidad.

Siguiendo con la presentación de Pablo, voy a tratar de hacer un paralelo sobre cuál ha sido la evolución de los *dispute boards* en Perú, y tomando como un referente los últimos diez años. Estamos 2025, digamos, dónde estábamos en el 2015.

Yo sé que a mí me toca hablar sobre *dispute boards*, pero me parece importante mencionar un antecedente que tiene que ver más con la Ley de Contrataciones, y es cuándo se implementa, se regula, en los tiempos más iniciales, la junta de resolución de disputas en Perú.

Entonces, yo recuerdo que en el 2016 sale una directiva del OSCE, ya regulando esta figura de la junta de resolución de disputas.

En ese momento era algo innovador, ya existía un ADR, un mecanismo distinto al arbitraje pensado para las obras, pero todavía no se entendía esta visión y este objetivo preventivo como hoy se entiende, pero es un antecedente muy importante.

Y hay otro antecedente muy importante que es, incluso, anterior, y tiene que ver con la regulación de las juntas de resolución de disputas en los contratos de concesión. Ya desde el 2012 en Perú, en el decreto legislativo que regula las APP, en la cláusula de resolución de controversias, ya se mencionaba que la junta de resolución de disputas era un mecanismo facultativo para resolver algunas controversias de tipo más técnico y de tipo más económico.

Lo que pasa es que su utilización no era obligatoria, y en esa época en la que se regula, todavía el mercado no conocía cómo funcionaba esta figura.

Pero son dos antecedentes importantes que, al final, en perspectiva, se van a concatenar muy bien con lo que ha sido la experiencia de *dispute board* en Perú.

Pasa el 2012, que ya está reconocida en la Ley de APP y su reglamento. El 2016 sale la directiva del OSCE, en el 2019 se modifica esa directiva del OSCE regulando con un poco más de detalle los procedimientos, pero qué pasa en paralelo en el año 2019.

En el año 2019 se celebran los Juegos Panamericanos, lo que significó que un par de años antes comienza a construirse, encargarse la construcción de esa infraestructura deportiva de los estadios, que permitieron albergar a estos deportistas altamente calificados.

Y es ahí, como menciona el ingeniero Fukunaga, que yo creo que surge una utilización importante de los contratos NEC como contratos estandarizados y de la implementación de los *dispute boards*.

Ya de una manera real, o sea, ya se comienza en la cancha a implementar, a ver cómo funcionan. El mercado comienza a aprender.

Y como menciona el ingeniero Fukunaga, esto surge en un primer momento, precisamente, de la decisión adoptada por el Gobierno peruano, de suscribir un contrato gobierno-gobierno con el Reino Unido. ¿OK? Entonces, Perú, por razones económicas, por razones de posicionamiento, quería hacerse de los Juegos Panamericanos, pero no tenía la infraestructura deportiva suficiente e idónea para brindar o funcionar como sede. Y, en paralelo, todos sabemos que la Ley de Contrataciones no se caracteriza, precisamente por ser la más eficiente y por entregar las obras terminadas y rápido. Pero, en el caso de los Juegos Panamericanos, no había posibilidad de que los estadios no estuvieran listos a tiempo; y, además, con la calidad y los estándares de seguridad que se requerían.

En este escenario es que una de las condiciones que acepta Perú para fungir como sede, es que se suscriba en paralelo un convenio de cooperación técnica internacional que permitiera que el Reino Unido acompañara a Perú, asesorándolo en cómo iba a ser la procura de esta infraestructura educativa. Naturalmente, con un marco regulatorio paralelo y diferente al existente en la Ley de Contrataciones. De otro modo, no se hubiera podido terminar los estadios.

Y así es cómo surge un contrato GTOG importante, donde una de las condiciones es que se utilice para el diseño de la construcción y el equipamiento de estructuras deportivas, un contrato NEC. Y el contrato NEC, hacer el contrato NEC estandarizado y se modifica en Perú, no viene así del Reino Unido porque en el Reino Unido tienen *adjudication*, como mencionó Pablo, y no tenían esta figura, no tenían la cláusula única de resolución de controversias. No se regulaba el *dispute board* bajo reglas ICC, como mecanismo para resolver las controversias.

Pero, entonces, se modifica este contrato, se regula la implementación obligatoria de los *dispute boards*, y ahí yo creo que comienza la primera experiencia importante del *dispute board* en Perú.

Con muchos colegas, con muchos profesionales de la industria hemos conversado al respecto, y algo que llama mucho la atención es que, a la culminación de esas infraestructuras deportivas, las controversias que son elevadas al DAB, son relativamente pocas. Parece ser que uno de los primeros resultados o beneficios que arroja la participación de un DAB es la posibilidad de ayudar a las partes a que resuelvan controversias por ellas mismas. Están las reuniones de trabajo, o sea que el DAB, por su sola presencia, cuando actúa como un organismo permanente, funge de un elemento disuasivo que hace que las partes se comporten mejor y tengan mayor disposición a colaborar.

Pero lo cierto es que ya se utiliza, comienzan a venir profesionales de afuera también a trabajar como DAB en esos proyectos.

Y, luego, viene una segunda temporada superimportante, que son todos los proyectos que se licitan gracias a la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, que, como dijo el ingeniero Fukunaga, ahora se llama ANIN. Y contratan una cantidad de obras en todos los sectores, educación, hospitales, etc., utilizando un contrato NEC, y, nuevamente, se regula los *dispute boards* bajo reglas ICC.

Yo considero que en esta segunda etapa es donde se produce el desarrollo más importante de lo que son los *dispute boards* en Perú, y me quiero centrar, básicamente, en el análisis de esta segunda etapa, enfocándonos en tres puntos que, para mí, son bastante gráficos de en qué lugar se encuentra el Perú respecto al *dispute board*.

Lo primero que tengo que decir es que, en esta segunda etapa que va, aproximadamente, desde el 2021 hasta la fecha, porque los proyectos todavía no se acaban, y se magnifica la implementación de los *dispute boards*.

Y esto es muy importante porque tiene tres resultados. El primer resultado yo creo que es objetivo y es indiscutible, es que hoy Perú se ha posicionado como el país líder en la región, tanto en Latinoamérica, Centroamérica, incluso, diría yo, en Iberoamérica, en la utilización de los *dispute boards*. En otros países no se utilizan los *dispute boards* tanto, de una manera tan extendida, pero, además, con un nivel de sofisticación que se está alcanzando acá en Perú.

Esto es una responsabilidad muy importante que tiene Perú como líder en la región, porque varios de los países, como, por ejemplo, países vecinos como Costa Rica, como Argentina, como Honduras, como El Salvador, que están también trabajando en la implementación del *dispute board*, toman mucho como referencia nuestra experiencia nacional y, como en todo, las lecciones aprendidas. Entonces, esto es, yo creo que uno de los principales logros.

No es menos relevante mencionar que estos *dispute boards* se vienen utilizando bajo un estándar internacional.

Como ocurre en el arbitraje, existen varios centros de *dispute board* y centros de adjudicación, y cada centro tendrá sus propias reglas.

Uno de los centros, digamos, importantes a nivel internacional, es la ICC. Tiene un reglamento que es aplicable para los *dispute boards*, y lo tiene traducido en varios idiomas. Y, entonces, en la experiencia peruana, nosotros hemos aprendido, hemos ido desarrollando esta práctica en base a estos reglamentos de ICC, lo que nos permite sostener que, realmente, la experiencia peruana respecto a los *dispute boards*, está a un nivel de estándar internacional.

Incluso, en algunos contratos, en algunos proyectos donde ya no se utiliza NEC, sino se utiliza FIDIC, se siguen implementando estos reglamentos. Claro, se hacen algunas modificaciones en la parte procedimental propia del contrato FIDIC, que, además, están ajustadas en las propias reglas de la ICC.

Pero, en resumen, el Perú tiene una práctica importante en *dispute board*, bajo un estándar internacional que nos posiciona como un país competitivo, a nivel de mercado internacional en este nicho de mercado.

El segundo resultado que me parece importante mencionar, es que ya terminando esta segunda etapa, yo diría que, a finales del 2023, se inicia la ejecución de varios proyectos de infraestructura educativa. No sé si han escuchado de este proyecto de las Escuelas Bicentenario.

Entonces, yo diría que la ejecución de estos proyectos en el marco de la Escuela Bicentenario, sería como una tercera etapa. ¿Por qué una tercera etapa? Porque ya los agentes del mercado: contratistas, funcionarios públicos, asesores de parte, DABs, peritos, todos hemos ido aprendiendo de cómo funcionan en la cancha los *dispute boards*, en los años anteriores de los proyectos del ANIN o de la Reconstrucción con Cambios.

Entonces, no va a ponerse a ejecutar el proyecto y al día siguiente surge la controversia, no, normalmente, es un proceso.

Pero, ocurre algo muy importante, y es que cuando uno analiza cuál fue el comportamiento de los proyectos, de las controversias y de los DABs, en este proyecto especial de las Escuelas Bicentenario, se da cuenta del logro importante que han tenido los DABs desde la perspectiva de cuánto ha calado el enfoque preventivo de los agentes intervinientes.

En sencillo, en esa segunda etapa, en los proyectos del ANIN, muchas de estas controversias se resolvían efectivamente frente al DAB, pero activando procedimientos de sumisiones formales. Era más, yo, a mi experiencia, era más la resolución problemas, valga la redundancia, aplicando un enfoque

resolutivo, que, aplicando el enfoque preventivo, sin negar que ha habido DABs, en muchos casos, donde el enfoque preventivo ha sido protagonista.

Pero, cuando uno revisa la data de qué es lo que ha pasado en la primera etapa de los proyectos ejecutados en la Escuelas Bicentenario y se da cuenta de que en ocho o nueve proyectos, a lo largo de un año y medio, solamente ha habido ocho o nueve sumisiones formales, se da cuenta de que, objetivamente, las controversias se han ido previniendo, se han ido resolviendo en el día a día, con acompañamiento o sin acompañamiento del DAB, pero que se han reducido significativamente las controversias que se presentan ante una sumisión formal.

Y a mí esto me parece bien positivo e interesante porque, finalmente, una de las principales diferencias entre el *dispute board* y el arbitraje, es el enfoque preventivo.

Cuando hablaba yo con unos consultores, me decían: «¿Cómo mides el éxito del *dispute board*? ¿Cómo mide una asesora de parte el éxito del *dispute board*? ¿Por todos los casos en los que gane en una sumisión formal?» Y yo les decía: «No». Hay mucho más valor muchas veces en todas las controversias que se dicen que lleguen a una sumisión formal, y que, más bien, se pueden resolver a través de una reunión mensual, de una reunión de emergencia.

Entonces, a hoy, la foto para mí es que nosotros nos encontramos como en una etapa importante del *dispute board*, donde ahora ya no solamente se reconoce su existencia, sino que se acepta y se promueve el enfoque preventivo, y estando en ese *stadiu*, todas las partes seguimos en este proceso de aprendizaje continuo para poder aterrizar cómo es, cómo debe funcionar esta prevención y qué habilidades, qué destrezas, qué mecanismos hay que implementar ahora en el día a día para que este enfoque preventivo tenga, cada vez más, resultados objetivos beneficiosos, como dijo Pablo, para el proyecto. Porque, en el *dispute board* lo más importante siempre es el proyecto.

Para ser respetuosa con el tiempo, voy a terminar aquí mi presentación, pero, si tuvieran alguna consulta, estoy gustosa de absolverla.

Muchas gracias.

Luis Fukunaga: No obstante, en el caso que Tatiana nos ha brindado esta segmentación por etapas, como lo ha denominado ella, a lo largo de los últimos años en las experiencias de los *dispute boards* en nuestro país, pero, además, matizando con alcances vinculados, justamente, a las juntas de resolución de disputas.

Bueno, a continuación, vamos a escuchar a Natalia. Natalia nos va a hacer una conexión también con experiencias de *dispute boards* locales, pero, asimismo, va a hablarnos, igualmente, de experiencias con la JRD local, considerando que, actualmente, Natalia forma parte de *dispute boards* y juntas de resolución de disputas y en nuestro país.

Adelante, Natalia:

Natalia Barreda: Gracias, Lucho. Bueno, primero, buenos días con todos, muchas gracias. Ayer creo que recién fui consciente de los diecisiete años que llevas haciendo el congreso. De hecho, he venido los dos años anteriores, pero ayer cuando decían, y alguien comentó que ya vas a tener la mayoría de edad, la verdad es que me impresionó la constancia, Karina, y te felicito por ello, y no solo a ti, sino a todos los que participan, porque, al final, son todos los asistentes y ponentes que hacen que puedas lograr también hacer este congreso. Así que mis felicitaciones, y a todos gracias por estar aquí.

Bueno, ha sido muy interesante escuchar a Pablo y a Tatiana, y a mí, cuando estaba escuchándolos, me venía una idea a la cabeza que es, simplemente, el ecosistema que tenemos en Perú, en

cuanto mecanismos para resolver controversias, y cómo podemos coexistir contratos FIDIC, contratos NEC, proyectos GTOG, JRD, etc. Y todo se hará de mejor o no tal mejor manera, pero todo está coexistiendo.

Y aquí me venía una reflexión en que no solo las entidades, sino también los asesores y consultores de contratistas y de entidades, han tenido, en este período, sobre todo el Perú de los cinco, seis años, que adaptarse, aprender, transformar conocimiento y poder estar aptos para dar cabida a este ecosistema para poder asesorar, ya sea el FIDIC, el NEC, JRD, el GTOG, etc.

Entonces, la verdad es que me asombra como país que seamos capaces de hacerlo en este momento. Tatiana ya lo comentó hace un momento, en donde refería que somos líderes de la región en cuanto a estos mecanismos de resolución de controversias, y, si bien es cierto, comentaba el tema Pablo de que somos un bebé, en Perú todavía somos mucho más pequeños que un bebé. Sin embargo, estamos todos empujando para ello, y, si bien es cierto, hay cosas que tenemos que enmendar y mejorar, estamos en ello.

Como comentaba Lucho, yo quiero hablar sobre la JRD, o con la nueva ley, la JPRD. Ya Tatiana mencionaba que en el 2016 ya estaba una ley donde ya aparecía lo que era la JRD, pero como que todavía nadie sabía exactamente en qué consistía.

Luego, tuvimos la ley que está todavía vigente hasta ahora, hasta los siguientes días de abril que entrará la nueva ley, que es la 30225, y la directiva 012, en la que ya indicaba que la JRD tenía que ser de obligado cumplimiento. Entonces, ya habíamos pasado de la anterior ley, en la que era voluntario que, de alguna manera, si las partes lo acordaban, se podía implementar. Y aun así la primera JRD que tuvo el país, que tuvo Perú, que fue a través, del CARC-PUCP, se inició el 8 de julio del 2018; es decir, se inició antes de que fuera obligatorio. Quiere decir que, y, bueno, escogieron en este caso a CARC-PUCP para que fuera el centro que administrara esta JRD, y se inició, además, también en el Amazonas, en una zona, de hecho, no voy a decir la más alejada, pero quizá con más brecha de infraestructura que requiere el país, en la que no tenemos tanta accesibilidad para poder llegar.

Entonces, ahí se inició nuestra primera JRD del Perú, y de ahí tenemos hasta el año 2025, que estamos ahora ocho años o siete años, en todo caso.

Y se han dado un sinfín de obras, un sinfín de JRD, un solo miembro, tres o dos miembros. Como sabemos, nuestra propia ley contempla, por el importe que tiene de la obra, ya sea tres miembros de JRD o solo un miembro de la JRD.

Pero, nosotros también aquí en Perú, igual que hablamos de megaproyectos en el mundo, también tenemos nuestros grandes proyectos, y para la escala del país que nosotros somos, también son nuestros megaproyectos. De hecho, Karina, el día de ayer, y estos días también que tenemos de exposición, ha invitado a varias personas que están vinculadas a estos megaproyectos peruanos. Por ejemplo, hoy por hoy, Perú tiene un proyecto con SEDAPAL, que es uno de los más grandes que ha tenido SEDAPAL, y, de hecho, creo que es el más grande que son casi 1400 millones de soles; estamos hablando de casi 380 millones de dólares, que es una obra de saneamiento que es la convergencia de tres distritos en Lima, que es Villa El Salvador, Villa María del Triunfo y San Juan de Miraflores.

Entonces, y este es con JRD. ¿Y por qué lo menciono? Porque igual que tenemos este proyecto grande, tenemos también proyectos que están con *dispute board*, que están hechos bajo GTOG; en este caso, por ejemplo, el Hospital Lorena, en el que formo parte del *dispute board*, y aquí es lo que justo quería resaltar el tema de la coexistencia entre proyectos.

Tenemos también en Cusco lo que es el Aeropuerto de Chinchero, de hecho, están presentes personas que trabajan en el Aeropuerto de Chinchero. Tenemos también, en este caso, con el Gobierno coreano, Lorena es con el Gobierno francés, es GTOG. Tenemos también nuevos proyectos

de hospitales que son con contratos NEC, que es con el Gobierno de UK. Y, bueno, creo que es esta semana que entra PRONIS ha lanzado un *road show* para nuevos hospitales con nuevos PMO. Es decir, vamos a tener nuevos proyectos también que estarán bajo GTOG, quizás con otros países o con los países que ya en este momento vienen trabajando con Perú.

Entonces, en todo este ecosistema que tenemos al que vienen a acoplarse, tanto *dispute board* como JRD. En la JRD, a diferencia del *dispute board*, en todo caso, que no solo es que está bajo Ley de Contratación del Estado, sino que nos regimos bajo la Ley de Contratación del Estado. Es decir, que todas las controversias que se puedan dar tienen un marco, no solo técnico, sino también contractual y legal.

Y ahí un poco lo relaciono con lo que comentaba Pablo, en cómo han ido evolucionando también estos paneles técnicos, en los que, inicialmente, se veía o se requería o se pensaba que tenían que ser solo técnicos, es decir, ingenieros o arquitectos, a una realidad en la que, por ejemplo, en el caso de la JRD, al estar inmersos en la Ley de Contratación del Estado y su reglamento, se requiere también la conformación de un panel legal; es decir, que haya incorporado un abogado dentro de esos tres miembros de la JRD. ¿Por qué? Justo por lo que acabo de mencionar. Porque hay aspectos legales que sí se tienen que tratar.

La diferencia con el *dispute board*, en este caso, es, bueno, bajo distintos contratos colaborativos, ya sea FIDIC o ya sea NEC, u otros que se puedan establecer, si es que se enmarcan solo dentro del marco contractual de ese contrato. Sin embargo, también, dependiente de dónde se desarrolla ese contrato y como estamos hablando del Perú, sí, también se tiene que ver aspectos legales que quizás no están recogidos en todo el contrato. De hecho, si no hay un expediente perfecto, tampoco hay un contrato perfecto que lo pueda enmarcar y que pueda indicar todos los mecanismos para que se pueda resolver o se pueda encontrar el sistema para poder resolverlo.

Entonces, para nosotros, la JRD, en este caso, en Perú, empezó, continúa y va a seguir continuando. En la nueva reforma de la ley que ha entrado en vigor en marzo, ha cambiado distintos aspectos para la conformación de cómo se va a la JRD. Desde los centros en los que tendrán, que se entiende, elegir a los miembros, ya será cada centro el que tendrá que regularlo, hasta requisitos también que se entiende que han cambiado para la experiencia que tengan que tener los adjudicadores, como también converge con los requisitos que tienen que poner los centros para poder indicar qué adjudicadores tendrían que ir a cada uno de los temas de las obras.

Una cosa importante que mencionó al inicio, creo que fue Fernando Marcondes o creo que fue Jerry, no recuerdo, en tema de prueba y error, y que también lo mencionaste, Karina. Entonces, no hemos tenido un período de testear, pero porque no nos ha quedado otra, dice acá que hemos ido aprendiendo en la cancha, y es cierto porque se ha dado la convergencia de todos estos contratos, todos estos *dispute boards*, todos estos JRD y todo ha tenido que coexistir, ha tenido que converger, y, sí, hemos tenido que adaptarlo. Entonces, sobre el camino hemos ido aprendiendo.

Y, sí, es cierto que, en este momento, quizás también, bajo ya todo un período porque vamos más de cinco años con las JRD en el Perú y los *dispute boards* también, es lo que quizás también tendríamos que ver y sentarnos en qué podemos reforzar y qué es lo que podemos mejorar. De hecho, todo siempre tiene, mucho por mejorar.

Decía Pablo que los *dispute boards*, en este caso, las JRD se deben al proyecto y no a las partes. No obstante, no podemos olvidar también que son las partes, al final, las que requieren, y somos los que ven o no ven el valor de lo que puede tener tanto una JRD como un *dispute board* en el acompañamiento y en el desenvolvimiento de lo que es la obra.

Karina también mencionaba hace poco, hace unos momentos sobre el tema de pagos y demás.

Yo creo que, independiente de eso, creo que con este nuevo reglamento y norma que ha salido, eso ya, digamos, que está resolviéndose desde el momento en que se incorpora, más que incorporarse, se define de lo que es un *dispute board* o una JRD forma parte del costo de un proyecto. Entonces, si forma parte del costo de un proyecto, desde ese momento, ambas partes tienen la capacidad económica para poder solventar lo que viene a ser un *dispute board* o una JRD.

Bueno, hay muchas cosas más que hablar para JRD, que, es más, y no sé si tengan preguntas, así que le paso a Lucho para que podamos compartir experiencia.

Luis Fukunaga: ¿Sí? ¿Un par de minutos para preguntas? OK, entonces, abrimos el micrófono por si hay alguna persona que desee hacer alguna pregunta, encantado de escuchar.

Persona del público: Mi estimada doctora, buenos días.

En la última Ley General de Contrataciones Públicas, ¿la JRD qué cambios sustanciales tiene?

Natalia Barreda: Cambios sustanciales hay.

Primero que los importes para que se implemente una JRD han cambiado. Antes eran de 20 millones de soles, y ahora es a partir de 10 millones de soles, en la que puede haber un solo miembro.

Otro cambio importante que hay lo había mencionado hace un momento. El costo o el importe que tiene una JRD se encuentra ya dentro del expediente. Entonces, ya está inmerso, con lo cual ya no hay duda de que forma parte del proyecto.

También le podría mencionar que se ha puesto como requisito indispensable para el inicio de la ejecución de la obra, que esté conformada también la JRD.

Antes, bueno, antes, no, siempre ha sido así, lo que pasa es que ahora es obligatorio. Hemos visto a lo largo de estos años y en diferentes obras, que se implementa la JRD a partir de que las partes tienen necesidad de controversias, o ya están en el límite y requieren poner o implementar una JRD. Ahora ya se entiende que es desde el inicio de la obra.

Otro cambio también que se ha dado es el hecho de que los centros de administración de las JRD, en este momento, se entiende, de la lectura que se da del artículo, de que sería quienes designarían a los miembros de las JRD. La anterior ley era cada una de las partes designaba y ambos adjudicatadores eran los que elegían el presidente. En este caso, se entiende que serían los centros.

Otro cambio también que hay es el tema de la experiencia, que en el reglamento no se ha mencionado; sin embargo, en la ley sí está la experiencia que tienen que tener los adjudicatadores, que la han bajado a dos años. También se entiende que tienen que ser dos años de residente o supervisión de obra.

Y, bueno, un cambio fundamental también, y ya lo había mencionado Tatiana, y lo han mencionado también otros expositores, es el tema de que ahora es JPRD porque se está haciendo bastante énfasis en el tema de la prevención, por lo cual ya, en este momento, se le ha colocado la palabra que es Junta de Prevención y Resolución de Disputas. Y, seguramente, hay más, pero, de momento, son los sustanciales.

Luis Fukunaga: Muchas gracias.

Finalmente, solo un mensaje final de cierre porque ya estamos contra el tiempo.

Quisiera dejar, digamos, un espacio de reflexión de poder tener una mirada hacia atrás, primero para tener esta capacidad de aprendizaje de todo lo que hemos avanzado, de sentirnos orgullosos por lo que hemos avanzado, de aprender de los errores que se han cometido, y tener todo ello presente para mirar el futuro con optimismo, el reto del espacio que se ha generado es muy grande, y todos los actores que formamos parte de este espacio, abogados, ingenieros, contratistas, empleadores, adjudicadores, tenemos, justamente, este compromiso y este reto de seguir aprendiendo, de seguir aportando, seguir esforzándonos y garantizar y aumentar las probabilidades de que este mecanismo de los *dispute boards* y las JRD, pues, hacia el futuro, traiga impactos positivos en el desarrollo de la infraestructura de nuestro país.

Bien, muchas gracias.

Karina Zambrano Blanco: Muchísimas gracias al panel.

Ha sido una brillante introducción a lo que son los *dispute boards* y las JRD. Igual, en el Cusco sí tenemos JRD, y tenemos DAB en los proyectos más importantes: Chinchero, el Hospital Antonio Lorena, la Vía Expresa y varios municipios en el Cusco están usando JRD en sus obras mayores a 20 millones.

Pero, ustedes tienen que saber, las personas que no conocen esta herramienta, que es una herramienta basada en altos estándares de independencia, imparcialidad. Si no tiene ese componente, no sirve. Entonces, últimamente está siendo saboteada esta herramienta con adjudicadores que ofrecen su voto a quien los designa. Estamos muy preocupados. Han llegado este tipo de pedidos al centro, cinco JRD que dicen: «Vamos a su centro, pero tenemos dos condiciones. Primero, que nos ponga en su lista, y, segundo, que a mí me designen como adjudicador de la entidad, y a mi amigo como adjudicador del contratista. Y, si ustedes no me aceptan, ya tengo otros dos centros que ya me aceptaron».

Entonces, este mecanismo no va a funcionar, si nosotros no lo protegemos. Recuerden que estamos hablando de mecanismos alternativos de solución de controversias que, luego, incluso, la JRD se convierte en una herramienta de gestión para la ejecución del proyecto. Si este mecanismo no está en el contrato, no es segura una ejecución satisfactoria del proyecto.

Pues, en ese sentido, hemos invitado a personas que nos garantizan el uso adecuado de la herramienta, como Pablo Laorden, quien ha venido desde Madrid. No sé cómo ha hecho para que diga: «De Madrid al Cielo». Yo siempre digo a los españoles: «por su sangre corre sangre peruana y por la mía corre sangre española». Todos iguales. Y que Pablo esté aquí demuestra que es una herramienta valiosísima, y segundo, que el Perú ha dado la hora en cuanto al uso de los *dispute boards*. Lo dijo Fernando y lo dijo Jerry: «es el país que usa más el *dispute board*», y Tatiana también precisó este tema y Luis lo volvió a recalcar.

Y para eso también tenemos un presidente de panel, actualmente, Luis Fukunaga es el representante, ya que al día siguiente Perú está en los ojos del mundo. Todos quieren ser amigos de Luis Fukunaga. Y gracias por el trabajo que estás haciendo, Luis. Gracias por el trabajo que hace Jaime, y gracias por presentar con el carisma, de una manera sencilla, transparente, y que ha generado interés en la audiencia.

Un fuerte aplauso a nuestro presidente.

La *watana*, para los que recién vienen el día de hoy, la *watana* es como una *shakira* que hemos mandado a confeccionar a la Comunidad de Kero. En la Comunidad de Kero, cuando llegaron los

españoles, se refugiaron en Kero, que es a ocho horas de aquí, antes era un día, y, de tal manera que dicen que, si una vez el mundo desapareciera, Kero daría origen a una nueva humanidad, una nueva comunidad. ¿Y cuál es esa característica de esa comunidad? La inocencia. Así que bienvenidos muchos DABs, muchos viajes y conquista el mundo.

PANEL IX. ¿QUÉ ELEGIR FIDIC O NEC, OXIS O APPT'S PARA PROYECTOS Y MEGAPROYECTOS?

Alex Campos (moderador)

Francisco González de Cossío

Jaime Gray

Andrea Dalceggio

Sandra Montes

Karina Zambrano Blanco: Bueno, continuamos con el siguiente panel.

Invitamos a Alex Campos y a los integrantes de su panel, por favor. Jaime Gray, bienvenido. Sí, por favor, pónganse por acá. ¿Y alguien más? Están completos.

Bueno, por virtual entra Andrea Dalceggio y Francisco González de Cossío.

Bueno, tenemos un panel diverso porque tenemos dos invitados que están conectados virtualmente, Andrea Dalceggio y Francisco González de Cossío, pero hemos invitado a Alex Campos para presentar este espacio. ¿Y por qué hemos elegido a Alex Campos? Con Alex más que compartimos congresos, eventos, es amigo de Zambrano, compartimos algo en común, que es difundir las buenas prácticas. Constantemente hablamos en conversaciones, en cócteles, en viajes, de cómo hacer para difundir las buenas prácticas en el Perú.

Bienvenidos y un fuerte aplauso.

Alex Campos: Muchas gracias, Karina, por la invitación. Realmente, es un gusto confortante venir a Cusco para recargar energías.

Me ha tocado un panel de lujo y un tema amplio que vamos a intentar asumir, estamos asumiendo el reto de intentar llegar a algunas ideas al final.

Me acompañan Francisco González, virtualmente, Francisco González de Cossío, quien es abogado por la Universidad Iberoamericana de México y una maestría y doctorado por la Universidad de Chicago y un grado de negocios y finanzas por la Universidad de Harvard; y, en el año 2006, fundó González de Cossío Abogados, SC, que es una boutique especializada en negocios y disputas complejas.

En lo personal, debo decir que me ha tocado compartir, tenerlo en algunos tribunales arbitrales, en los cuales yo he sido asesor de parte, y debo decir que me consta su profundo conocimiento sobre disputas complejas y disputas de construcción, con lo cual, lo que nos diga ahora será, seguramente, muy valioso aporte.

También nos acompaña virtualmente Andrea Dalceggio, que es un ingeniero italiano que forma parte de la lista de presidentes de FIDIC, de adjudicadores certificados y joven profesional FIDIC. Posee un máster en ingeniería eléctrica, una licenciatura en economía, un máster en ingeniería y contratación, una licenciatura en derecho y un máster en derecho de la construcción y arbitraje.

Tiene más de veinte años de experiencia en la construcción, ha participado en arbitrajes ICC y CIADI; y, actualmente, se desempeña en Canadá como director comercial de WeBuild en un contrato progresivo de diseño y construcción con precio objetivo.

Y, bueno, alguien que no necesita presentación, mi amigo Jaime Gray, del que voy a resumir su larga hoja de vida. Es un líder, un actor principal del derecho de la construcción en el Perú; es un experto en derecho de la construcción, *dispute boards* y arbitraje. Ha sido reconocido como Global Top Leader en la categoría del derecho de la construcción en el Perú, según la publicación *Who's Who Legal*. Es miembro activo del comité de Construction International de la International Bar Association y la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF) y de la American Bar Association y de la sociedad de Construction Law. Además, ha sido presidente de la región IV en Latinoamérica de la DRBF y *co-chair* del comité de contratos internacionales de construcción de la IBA.

Jaime tomó liderazgo en el año 2024 como CEO de su firma, que ya es conocida, Navarro Sologuren Paredes Gray, desarrollando con éxito iniciativas clave como la gestión de proyectos, la ejecución de contratos y la resolución de disputas.

Por favor, un fuerte aplauso para todos los ponentes.

Cedo la palabra al licenciado González de Cossío.

Francisco González de Cossío: Gracias, doctor Campos, por su amable y generosa presentación.

Gracias a todos. Un placer estar por este medio en este congreso. Lamento no estar personalmente. Muchos amigos en el público, ponentes, y me halaga mucho la forma en que el doctor Campos me ha presentado.

De primera mano he corroborado en casos distintos su vigor y su decencia.

Tengo unos minutos para platicar con ustedes sobre *dispute boards*. Lo que he hecho y me fascina tener al doctor Jaime Gray con nosotros, con quien he compartido esta idea en otros foros, y ahora la voy a llevar un poco al siguiente nivel. Por ende, como es un experto en temas de *dispute boards*, de juntas de resolución de disputas, como les dicen en Perú, me va a interesar mucho conocer su perspectiva, así como la perspectiva de los demás presentes.

Lo que yo quisiera es transmitir unas reflexiones sobre la siguiente pregunta, o la respuesta a la siguiente pregunta: ¿cuál es el papel del *dispute board* (de la junta de resolución de disputas) en las disputas de construcción?

Y esto me ha dado mucho en qué pensar, porque hay cosas que he percibido. Llevo varios años trabajando en un *dispute board* muy importante con miembros muy distinguidos, enfrentando todo tipo de dilemas, enfrentando todo tipo de complejidades; una obra de infraestructura muy importante, y es una ocasión para reflexionar, justamente, sobre esta pregunta.

Y adelanto la respuesta. Este es el mensaje que quiero transmitir. Esta es la idea que yo quiero vender ante un foro de expertos en materia de construcción en un congreso de la construcción. Que, mientras que el árbitro juzga, el *dispute board member* facilita, y esto quiere decir que la forma y margen de actuación de un DB *member* es muy distinto, o para ser exacto, mucho más amplio que lo que puede hacer un árbitro y eso permite que salgan muchas cosas, que las actividades que desempeña un *dispute board* puedan ser muy vastas y que puedan ser diseñadas y adaptadas a las necesidades y retos que se enfrentan en la disputa en particular; y todo orientado a resolver problemas.

Para explicar esto, quisiera recordar algo que, para un foro con expertos es muy conocido, raya en lo evidente, pero es que existen dos tipos de determinaciones que son conocidas en este universo, que es la recomendación y la decisión. En la recomendación, la recomendación suele provenir de los *dispute review boards*, y son, como ustedes saben, no obligatorias, a menos que exista una notificación de desacuerdo, y en cuyo caso, se convierten en obligatorias, de no existir. Y la decisión que proviene de un *dispute adjudication board*, y como su nombre lo indica, *adjudication*, adjudican, se convierten en obligatorias ante notificación de desacuerdo.

De tal forma que las características de la recomendación son estas, y las características de la decisión, de la que viene de la *dispute adjudication board* son las siguientes.

Entonces, esto último, qué significa esta frase que está aquí «obligatorias aun ante desacuerdo», sobre todo obligatorias, es una que ha dado lugar a muchas dudas.

¿Qué significa exactamente que sea obligatorio? Hay perspectivas distintas. Hay quien dice que son similares a cosa juzgada, hay quien dice que no. Que, justamente, lo que se quiso evitar es eso porque para eso hay un tribunal arbitral después que podrá o no hacerles caso. De tal forma que en esta aburrida obra yo llevo un tiempo defendiendo la idea que hay de que el efecto legal de las terminaciones es tres: (i) que son obligatorias temporalmente, (ii) que no vinculan al tribunal arbitral; y (iii) que no adjudican en su sentido puro. Es decir, el *dispute adjudication board*, se llama *adjudication*, y, por ende, uno podría pensar que adjudican en su sentido puro de solución de controversias, lo que hacen es un poco distinto.

Sin embargo, he estado analizando toda la literatura que he encontrado, por ejemplo, este clásico, el de *Dispute Boards*, el de Chem, este que es muy útil y muy atinado y muy conciso, por cierto.

He visto este reciente de nuestros colegas de Brasil, que siempre tienen cosas interesantes que decir, especialmente, nuestro amigo Marcondes, que no sé si está con nosotros, pero es una persona que frecuenta este tipo de congresos.

He visto este recientemente, de don Miguel Clare, que es una obra muy clara, muy concisa, yo diría que muy madura también sobre *dispute boards*, nuestro amigo panameño.

Luego, nuestro amigo mexicano, Roberto Hernández, que es un connotado y conocido experto en solución de controversias, donde también nos aporta reflexiones sobre los *dispute boards*.

Y también este manual. Este es muy autoritativo, justamente, por de quién viene, el Dispute Resolution Board Foundation.

Yo lo que quisiera hacer, después de esto último, cómo nos dice. Hay cosas distintas que un DB puede hacer. Por ejemplo, puede emitir opiniones consultivas, puede emitir recomendaciones, puede emitir decisiones interinas o definitivas, y, dentro de ese aspecto, añadiría lo demás. Es decir, aquí es parte de lo que me interesa conocer la perspectiva de ustedes sobre esta idea, que su actuar, el actuar del *dispute board* es más dúctil, más permisible a ser adaptado a las necesidades de cada caso para darle valor a las partes. Entendiendo valor como lograr formas de evitar, encauzar y resolver problemas en materia de construcción atento a las necesidades de la obra, las preferencias de las partes.

Entonces, esta idea es la gran idea que yo quiero transmitir en un foro de expertos es que, en el margen de maniobra es mayor al que, usualmente, se suele decir. Es un margen de maniobra que, dependiendo de la destreza, la personalidad, el perfil del DB *member* o su equipo pueden hacer lograr más cosas de las que tradicionalmente hemos visto y, con frecuencia, se están viendo. Y este margen de maniobra puede ser muy útil para encauzar y resolver problemas de construcción, y esto no me sorprendería que se tope con algunas resistencias, y esas resistencias yo quisiera que no dejemos, al considerarlas, de pensar en lo siguiente. Y es que es natural que, como resultado de una inercia analítica de lo que estamos acostumbrados a hacer, que es litigar, que es pelear, en la forma más sofisticada, ha sido el siguiente paso: arbitraje, pero, además, hay otras formas que podemos tener en mente. Ya todos sabemos lo que es la mediación y la conciliación, y cómo, dentro de ese espectro de opciones, el DB podría entenderse como que cobija todas las demás opciones de una forma dirigida a lo que las partes quieren.

Es natural que exista alguna reticencia a verlo de esta manera porque traemos sesgos derivados de estas inercias de lo que hemos estudiado y reflexionado en el pasado, casi, casi diría que es un reflejo analítico.

En arbitraje hablamos de juzgar como también lo hacemos en un proceso puro. El litigante está acostumbrado a pelear, el estudiante de derecho está acostumbrado a hablar o pensar ¿hay derecho?, ¿tiene derecho la parte a esto?, pero como te enseñan o como uno ve rápidamente cuando entiende las destrezas de mediación y de conciliación, uno se da cuenta que lo importante no es tanto el derecho,

sino cuál es el interés de las partes para ver qué se puede hacer para lograr colmarlo y resolver el problema.

Ante ello, lo que propongo es que debe entenderse estas inercias, sesgos y reflejos, nos lleven a evaluar adversarialmente nuestra forma de participar. Ello limita opciones cuando lo que yo quiero proponer es que un *DB member* tiene un espacio mayor de maniobra que puede echar mano de muchas más herramientas y destrezas para ayudar a las partes a evitar o resolver sus problemas.

Debemos distinguir estos tres conceptos que son frecuentemente usados en forma alternativa, pero que, si uno les pone la lupa, son distintos. La obligatoriedad de la finalidad y la fuerza de cosa juzgada son vecinos próximos, podría uno encontrar, inclusive, áreas de traslape, pero son conceptos con diferencias que pueden ser muy útiles para discernir exactamente qué significa lo que puede hacer un *dispute board* y su efecto jurídico.

Ante ello, lo que he insistido es que lo que debe fijarse un *dispute board member* es que su misión es ayudar a las partes a resolver el problema. ¿Cómo? Con el acervo enorme de instrumentos jurídicos y de destrezas que ofrece el derecho y ofrece el entrenamiento en la solución de controversias para darle valor a las partes.

Precauciones. Esta misma idea, entre más se aleja a uno de un esquema rígido o natural de árbitro juzga, por ejemplo, uno empieza a tener ciertas dudas que yo mismo me he hecho y que quiero someter a su consideración cuando consideren esta idea.

La primera es la noción de orden. Cuando uno se centra en acción, pretensión, resolución, uno tiene un orden natural que permite discernir que no haya tropiezos, que no haya actividad del órgano que ayude, que sea distinto a lo que las partes desean. Entonces, uno se debe cerciorar de que esta ductibilidad en el margen de maniobra, no signifique desorden. El desorden en el proceso es muy grave por muchos motivos, pero destaco, sobre todo, que, cuando hay desorden, una o ambas partes o todas las partes pueden sentir que su oportunidad para ventilar su caso no fue adecuada y el órgano puede tener una tarea extremadamente complicada en resolver el problema.

Invito a ustedes, quienes han sido árbitros o abogados en casos, ya no diría yo enormes o cuantiosos, sino hasta medianos, cuando no hay orden, en verdad, se convierte en algo terrible, y uno se debe cerciorar de que, cuando, si es que aceptan la idea que quiero defender, que eso no signifique desorden, primero.

Segundo, uno debe tener en cuenta y acomodar los perfiles de los miembros del DB, que, al ser distintos, no solo jurídica sino culturalmente, pueden arrojar un sabor combinado al momento de compaginar todo este conocimiento y toda esta actuación en órgano colegiado, en un sabor distinto. Hay que tener cuidado con ello que hay que entenderlo de ambos lados de la ecuación, tanto el *DB member* o la junta de resolución de disputas, como las partes involucradas en ello.

Y, por último, cerciorar el actuar que se escoja seguir, cualquiera que sea dentro del margen amplio de opciones que se estén barajando, que he presentado ya, se ha consentido, además de entendido por las partes. Que no haya sorpresas y que el resultado no sea uno que las partes no solo prefieren, sino necesitan.

Entonces, con esto concluyo con la idea, es que, mientras el árbitro juzga, el *dispute board member* facilita, con todo lo que ello implica.

Gracias por su amable atención. Me va a interesar conocer su opinión.

Alex Campos: Muchas gracias, licenciado González de Cossío. Le cedo la palabra, por favor, a Andrea.

Andrea Dalceggio: Perfecto.

Entonces, voy a hablar de qué elegir entre los FIDIC. Después voy a mostrar un gráfico que espero lo encuentren un poco divertido sobre un contrato estándar y un contrato PP.

Entonces, qué elegir.

Primero, una pequeña definición de lo que es FIDIC, que son contratos estándar internacionales. Internacionales significa que lo puedo aplicar en diferentes jurisdicciones. Entonces, un FIDIC lo podemos encontrar en Europa, en África, en Latinoamérica, en Norte América, (bueno, en Norte América no mucho), en Asia, etc.

Entonces, son contratos que fácil, con pocas modificaciones, pueden aplicarse en diferentes jurisdicciones.

Contrato estándar. Y acá quiero hablar un poco de mi experiencia. Yo, antes de entrar en el sector de la construcción, estaba en la construcción civil, obras civiles, estaba en el sector de la construcción: *oil & gas*, y donde yo recibía contratos de Shell, British Petroleum, Andoil, ENI y alguno más, total y cada vez que recibía un contrato tenía que leerlo desde la primera página hasta la última e intentar, de alguna forma, de buscar si algo faltaba primero, y, si los procedimientos que estaban adentro funcionaban.

Entonces, si tenía un procedimiento de reclamos, si el procedimiento de reclamos estaba incluido, pudiera funcionar.

Entonces, yo gastaba en la parte de formación contractual muchísimo tiempo como contratista, para intentar entender el contrato y comentarlo.

Una vez decimos que el contrato está formado, el otro riesgo es que, si el cliente usó este contrato por diez, quince años, hay una asimetría informativa. Él sabe mejor que yo cómo usarlo.

Entonces, yo creo que soy bueno al leer contratos, pero me encontré algunos proyectos, que, como un partido en el cual tú te das cuenta de que la otra parte sabe mucho más que tú dónde ir. Tú entiendes dos o tres cosas más, pero él entiende cinco. Un contrato estándar elimina todo eso.

Entonces, en la fase de negociación me permite a mí contratista, de ir a ver solo las que son las diferencias de contrato estándar, donde aquí el cliente quiso cambiar algo, entonces, pueden tener la razón, y una vez que ejecuto el contrato, si yo y el cliente no estamos de acuerdo, tenemos libros, tenemos referencias para entender lo que la cláusula, lo que el contrato significa.

Entonces, el contrato estándar da una forma de repartir riesgos de forma equitativa y es predecible. De esta forma, baja el precio por el lado de la entidad, y FIDIC es, simplemente, una organización de ingenieros consultores que tiene más escenarios.

Quiero que salgan con algunos conceptos básicos. Entonces, qué elegir cuando el diseño es proporcionado por el cliente, en FIDIC es el Libro Rojo. Ustedes creo que escucharon hablar de colores en los libros FIDIC: el arcoíris. El Libro Rojo, a la izquierda ven la versión de 1999, a la derecha la versión del 2017. El Libro Rojo se usa cuando el diseño es proporcionado por el cliente.

Entonces, tenemos un enfoque de diseño, el cliente hace su diseño, después licita el diseño y habrá una constructora, normalmente, una constructora local para ejecutar la obra.

El contrato está, normalmente, en precios unitarios y tiene una lógica que esté en precios unitarios porque es el cliente que hizo el diseño, yo como contratista tengo problema para poner una

suma alzada. El cliente debe entregar un listado de cantidades, así que todos los que licitan tienen la misma base de información sobre la cual le ponen su precio.

Libro Rojo: diseñado por el cliente; Libro Amarillo: diseñado por el contratista. Entonces, el contratista, en este caso, no solo ejecuta la obra, pero también la diseña; la diseña en base a lo que son los requisitos del cliente. El cliente te dice, más o menos, su pliego, lo que quiere, con más o menos detalle, pero el diseño lo proporciona el contratista. El contrato, en este caso, será a suma alzada porque, si yo soy el cliente, elijo lo que quiero, tú me dices cómo me lo quieres dar, claro, me lo das por suma alzada, no me vas a dar precios unitarios.

Y el concepto muy importante de obras aptas para su propósito, en el sentido de que, una vez que la obra se pone en marcha, la obra tiene que funcionar.

En el Rojo no tenemos el «apta para su propósito» porque el proyecto ejecutivo lo hizo el cliente. Entonces, si no funciona, es tema del cliente. Pero, en este caso que el diseño es del contratista, el contratista, entendiendo lo que quiere el cliente, debe dar algo que funcione.

Después tenemos el Libro Plata que, simplemente, es un Libro Amarillo con más riesgo asignado al contratista.

Entonces, estos son los Libros principales FIDIC, fundamentalmente, atribuye la selección de la tipología de contrato a quien diseña la obra.

¿Cuál elegir? Unos ejemplos.

Entonces, en mi experiencia, el Rojo funciona muy bien en cuanto a edificios. Me refiero, por ejemplo, a escuelas y hospitales.

Ustedes, cuando compran casas, quieren remodelar. Ustedes, no le dicen al vecino cómo quieren que la remodele, ¿OK? Ustedes la remodelan. Entonces, cuando hay edificios, normalmente, debería ser un Libro Rojo.

La que ven abajo, una escuela, donde yo fui involucrado, el Liceo Francés de Panamá, que no fue un FIDIC, pero fue un listado de cantidades con precios unitarios. Se eligió un NEC, lo que nosotros consideramos el mejor arquitecto en la República de Panamá, él hizo su diseño. Se hizo una licitación y se seleccionó lo que se consideró la constructora con más experiencia en este tipo de obras.

El Amarillo, en mi opinión, funciona muy bien en autopistas y donde el cliente quiere aprovechar de una experiencia específica de un contratista o de más contratistas. En este caso les pongo la foto del Canal de Panamá. El Canal de Panamá pensamos que fue licitado por un poco más de tres billones de dólares americanos, y cuál fue la lógica del cliente. El cliente dijo: «Bueno, yo no tengo dentro de mi oficina técnica gente que la pueda diseñar. Pero, no solo no tengo gente, yo quiero ver como diferentes contratistas internacionales que me solucionen algunos problemas. Por ejemplo, ¿de dónde entra el agua dentro del canal? Puede entrar desde abajo o puede entrar desde el lado. Para que sepan, los viejos canales de 1914 contruidos por los americanos, y se le ve en la foto, que es un poco en la izquierda. Se ve muy poco, pero está en la izquierda, tiene agua que entra por abajo, mientras este nuevo canal, esta línea, esta expansión del Canal de Panamá, el agua entra por los lados. Esa fue una decisión tomada por una de las constructoras y que el cliente consideró más apropiada.

Cómo diseñar la base de retención de aguas que sirve para la recirculación. Todo eso te lo puede aportar un Amarillo. El Amarillo te permite utilizar conocimientos que vienen del extranjero.

El Plata, que es un amarillo con más riesgo para el contratista, pero donde, como consecuencia, el cliente tiene muy poca palabra, para mí, se usa muy bien en plantas eléctricas porque no hay mucho

que un cliente pueda decir a un contratista que entrega algo tecnológico como una planta eléctrica. Un cliente no le va a decir a General Electric, Alstom y ABB cómo es su turbina, cómo diseñar la turbina. Simplemente, le va a decir «yo tengo algo que quemar que tiene esta calidad, puede ser carbón, puede ser gas natural, quiero una temperatura a la chimenea y quiero una potencia. Y el otro te va a proveer algo que tecnológicamente funciona».

FIDIC después se desarrolló un poco más en los últimos años y, aparte de tener estos tres primeros: Rojo, Amarillo y Plata, que se decide en base a quién hace el diseño, tiene tres contratos especialistas, que es por el tipo de obra. Entonces, desarrollo en el 2019 el Libro Esmeralda, que es por obra subterránea. Entonces, uno hace una obra subterránea, usa el Esmeralda. Un contrato para obra de dragado y recuperación de tierra, Libro Azul-Verde 2016, y si tengo un diseño de construcción más operación de mantenimiento, el Libro Oro.

Ahora, la última lámina, yo en este momento estoy involucrado en una APP. Estuve involucrado en APPs, todavía un poco involucrado en APPs. Entonces, en la izquierda ven una típica relación contractual; un FIDIC, un NEC o lo que sea, relación cliente-contratista. Vamos a ver, creo que imaginemos que yo quiera escribir una carta, y yo estoy acá como contratista internacional. Yo escribo una carta y me pongo de acuerdo con la constructora, normalmente, una constructora local, los dos estamos de acuerdo y envío la carta al cliente. Sencilla.

En una APP yo estoy acá. Entonces, tengo una primera JV, que se llama la JV de Construcción y pongo, escribo mi carta, pero después tengo que ponerme de acuerdo con un contratista meramente tecnológico. Después tengo que ponerme de acuerdo con alguien que hace operación. Después tengo que ponerme de acuerdo con la Project Co., hasta que, finalmente, mi carta pueda llegar al cliente.

Ustedes ven, simplemente, con la relación contractual, que son todas estas líneas, ¿cuántas son? Tenemos como ocho o nueve. La relación contractual adentro de una APP es extremadamente compleja, y desenredarla es extremadamente difícil.

En este momento estoy en un proyecto que, pongamos que un tren liviano en el que el valor inicial del proyecto era uno, un billón y tiene un extracosto de otro billón, 100 % de extracosto. El cliente quiere poner plata para pagar a subcontratistas. Estamos en Canadá, tenemos problemas con Trump. No se quiere que los subcontratistas se queden sin liquidez y es muy difícil para el cliente poner plata porque tengo estos que pueden opinar, que son los que ponen plata, que pusieron la plata dentro del proyecto, tengo a cada uno que quiere su pedacito de *cake*, y desenredar una relación contractual como la APP es extremadamente difícil. De hecho, en la última conferencia, bueno, reunión interna que tuve dentro de la empresa, en Roma, me dijeron: «no vamos más a ofertar APP porque el riesgo es demasiado alto».

Yo puedo entender un riesgo bajo, si todo eso fuera un único contratista, por ejemplo, una autopista. Una autopista, quien la construye, la opera. Pero, cuando hablamos de una construcción en la cual hay una obra tecnológica interna, por ejemplo, transporte público, una APP tiene una complejidad tan elevada que va a poner en riesgo el mismo proyecto.

Esas son mis conclusiones. Espero que me quede dentro del tiempo y por cualquier pregunta, mucho gusto.

Alex Campos: Excelentes ideas que, seguramente, nos dará para algunas preguntas posteriormente y le pido al ingeniero que se mantenga en la línea. Estoy seguro que le dará mucho gusto si es que las hay, y le cedo la palabra a Jaime.

Jaime, por favor.

Jaime Gray Chicchón: Gracias, Alex. Ocho minutos.

En primer lugar, quiero agradecer a Karina y a la Asociación Zambrano por la invitación, a los panelistas, a quienes están aquí presentes. Creo yo que este es un evento muy valioso porque toca muchos temas. Es un formato, honestamente, Karina, demandante, extraño para quien habla, lo sabes, pero eso no hace más que confirmar el mérito que tiene de hacer lo que tú vienes haciendo por muchos años en el Cusco y en el Perú. Así que felicitaciones, honestamente.

En segundo lugar, yo voy a hablar sobre algunos temas, sobre OPORI, obras por impuestos o de APPs, sobre FIDIC, sobre NEC, y, de repente, sobre Construction Procurement; la logística de la adquisición de ingeniería y construcción, que, dicho sea de paso, cada vez es más relevante. Y es tan relevante que el propio FIDIC, ahora, dentro de la certificación, tiene la Certificación de FIDIC *Procurement Professional*, o sea, ya hay una certificación en FIDIC sobre estos temas que son tan importantes.

Y hago esta mención porque la nueva Ley de Contrataciones y su reglamento está siguiendo estas buenas prácticas de *procurement* en ingeniería de construcción cuando nos dicen: «Oigan señores, tienen que identificar *drivers*, tienen que ver cuándo utilizan este sistema de entrega o el otro». Se está acercando una vez más a estas buenas prácticas internacionales.

Entonces, la exigencia es mayor para todos, no solamente para las entidades, sino para los contratistas, para los consultores, para los miembros de *dispute boards* y para todos. Entonces, ese salto es muy grande.

Y quiero hacer, en primer lugar, entonces, una primera diferencia diciendo que los OPORI y las APP parten del esquema de financiamiento. El esquema de financiamiento en un OPORI basta de decir, creo yo, cuando, en busca de la simplicidad, que tenemos que prestar especial atención a una empresa que tiene esa disposición, que tiene ese crédito fiscal, simplificando el nombre y que me perdonen los amigos tributaristas, para poder utilizar y recuperar esa inversión a través de los impuestos.

¿Qué implica eso? Implica una serie de compromisos, la ejecución de la obra, la supervisión, pero quiero decir algo que es fundamental para que ese mecanismo funcione, y es el reconocimiento de la inversión del privado. No importa si hacemos con FIDIC, con NEC o con un gran contrato, si, finalmente, quien hace la inversión, no recupera su inversión en esas, a través de la emisión de los certificados, y es un crimen que, a veces, eso no suceda.

No sé, Alex, tú que también has visto procesos arbitrales, has visto casos donde, finalmente, acabamos en un arbitraje para que se emitan los certificados que, finalmente, son los que justifican la inversión de esta modalidad.

Alex Campos: Sí, alterando, de hecho, el flujo del proyecto que pensaban con la sola infraestructura.

Jaime Gray Chicchón: Y eso es una locura. Entonces, el reto, el reto aquí es simplificar las cosas para lograr que la inversión sea reconocida y que los certificados, finalmente, sean emitidos. Y con eso quiero, solamente, cubrir lo más importante para mí, desde mi punto de vista OPORI.

En APP. En APP se da la oportunidad de invertir a un privado para que este privado invierta en infraestructura pública en un país como el nuestro, que es obvio que existe una escasez de infraestructura y una escasez de financiación y de dinero, es una gran oportunidad. Y esto no solamente se hace en el Perú, sino también en países desarrollados. De hecho, creo que Andrea nos hablaba de una experiencia en Canadá. Hay experiencias en toda Europa, etc., y es una muy buena oportunidad para

que, justamente, la infraestructura se desarrolle. Al usuario del servicio público no le podemos decir: «Mira, voy a tener el dinero para hacer un tren o para hacer este hospital en cien años. Espérate». No, eso lo puede hacer un privado y con financiamiento privado en favor del público. Eso, realmente, en la práctica, y no en la teoría es cuidar el interés público y servir. Dejo ahí el segundo.

Y ahora, dentro de estos esquemas, y ahora aterrizando más en la ley y aterrizando más en la práctica FIDIC y NEC, quisiera decir lo siguiente.

Lo que es central para elegir FIDIC o NEC u otro tipo de contrato, es conocer el proyecto. Conocer el proyecto con profundidad. Y eso implica no solamente saber si está hoy haciendo una hidroeléctrica o un muelle o un puerto o un aeropuerto o los colegios, no. Es entender el proyecto a profundidad y sus riesgos, su localización, el tema social, el tema del transporte, el tema del diseño, el tema de su implementación, pero también el mercado. ¿Tengo el mercado de contratistas que puede desarrollar este tipo de contrato? ¿Es una organización lo suficientemente sofisticada como para poder administrar un contrato FIDIC o un contrato NEC?

Pero no queda ahí la cosa porque también hay que tener un mercado de consultores de ingeniería que puedan ser buenos ingenieros y no supervisores de obra, por favor, en el caso FIDIC, sino ingenieros FIDIC, y en el caso de NEC, además, tener una organización que tome las decisiones rápidamente. Ahí no hay ingeniero, ahí hay gerente de proyecto, y el gerente de proyecto tiene que tomar las decisiones. Y, si no las va a tomar por miedo a la Contraloría o a sabe Dios qué cosa, no se puede utilizar un NEC a nivel contratista, al menos.

Entonces, sí, yo creo que el Bicentenario ha avanzado muchísimo. Lo mencionó Tatiana y varios más, pero creo que, para utilizar FIDIC, NEC, etc., hay que conocerse también a uno mismo como parte de la averiguación del proyecto que se tiene en frente para tomar la mejor decisión. Y eso, nuevamente, es lo que nos está exigiendo la norma de contrataciones.

Y aquí solamente doy un par de ideas más.

La primera es que tengo que conocer bien si hago las cosas a través de diseño, licitación y construcción o lo hago con diseño y construcción. Si hago las cosas con diseño, licitación y construcción, entonces, mi ingeniería, mi diseño tiene que ser completo, listo para ejecutar. Y tengo que saber que, si esa es mi decisión, voy a asumir los riesgos de los errores de mi ingeniería, y voy a tener, voy a necesitar mucho tiempo para tener una ingeniería de primera y completa. Los proyectos públicos, normalmente, no tienen ese nivel, lamentablemente.

Y, si hago diseño y construcción, tengo que saber muy bien qué pido que se diseñe y que se construya, y eso es una decisión mayor, nuevamente, que, a la vez, necesita profunda y muy buena ingeniería, no completa, pero profunda y muy buena.

Entonces, solo así podré decir sí. Entonces, diseño y construcción. Entonces, allí recién empezaré a mirar mi Libro Amarillo FIDIC o mi Libro Plata FIDIC. Pero eso, nuevamente, son pasos necesarios.

Y en NEC, además, entender que es un contrato de relacionamiento en donde, más allá del tema de que nos guste o no a nuestros amigos británicos decir que es buena fe o no, yo siempre los he fastidiado: que es buena fe, y a ellos no les gusta, pero los voy a seguir fastidiando. Les voy a decir lo siguiente: tenemos que saber relacionarnos. Si no nos sabemos relacionar y mi staff y mi cultura como organización no me permite relacionarme, entonces, voy a perder muchas de las ventajas que el NEC nos trae, más allá que sea diseño y construcción o que sea tradicional a través del diseño, licitación en construcción.

Y con eso, simplemente, decir que FIDIC se está desarrollando, vienen otros contratos que viene desarrollando, algunos de ellos que están denominando colaborativos y que NEC tiene la mayor flexibilidad del mundo para hacer cualquier tipo de proyectos.

Simplemente, decir que sí, FIDIC tiene alguna ventaja, por ejemplo, con tipos de proyectos específicos. Hay específicos para dragados, hay específico en Esmeralda para obras subterráneas, entonces, cuándo elegir qué cosa, conociendo mi organización y conociendo mi proyecto. Igual que el sombrero que elegía las escuelas en Hogwarts, en Harry Potter. Te mandaba a que vayas a la escuela que tú merecías. Igual, ese ejercicio del sombrero de Hogwarts hay que ver a qué escuela va. Voy a FIDIC, voy a NEC o no utilizo nada de eso, hago mi contrato *ad-hoc* o a *dispute*.

Gracias.

Alex Campos: Les pido que vayan preparando sus preguntas para Andrea y para Jaime. Yo, particularmente, ya tengo las mías, así que, por favor...

Mi presentación la voy a tomar justo donde lo dejó Jaime. Jaime me dejó, felizmente, la pelota rebotando, así que lo voy a tomar exactamente donde Jaime lo puso.

El título del panel, junto con la realización es, de hecho, bastante provocador, qué elegir. Creo que hay muchos factores que, simplemente, voy a hacer un poco de trampa y lo que he hecho es preguntar a la inteligencia artificial qué elegir, y esto es lo que la inteligencia artificial me ha contestado, solamente, que ahora lo vamos a matizar con un poco de la experiencia de todos.

Qué dice la inteligencia artificial sobre qué elegir. Bueno, primero, para hacer *spoiler* de la película, qué dice la inteligencia artificial. Dice que ambos modelos contractuales tienen sus propias ventajas y desventajas y que la elección entre el NEC y FIDIC dependerán de las necesidades específicas del proyecto, la experiencia de las partes involucradas y el contexto local. Exactamente lo que Jaime nos acaba de decir.

Es importante evaluar cuidadosamente los factores para seleccionar el modelo contractual más adecuado para cada situación.

¿Y qué es lo que esta inteligencia artificial nos propone?

¿Cuáles son las ventajas del modelo contractual NEC? Primero, flexibilidad. Flexibilidad en el entendido de personalizable. O sea, eso es lo que intenta decir. ¿Por qué? Porque como el NEC se puede construir como un lego, con las opciones que tiene y con las cláusulas, es más personalizable. A esto se refiere, porque es más flexible.

Fomenta la colaboración, sí, aunque si hiciéramos un debate sobre qué es colaboración o no, nos tomaríamos dos días, pues, asumir que fomenta una cultura de colaboración porque, como dijo Jaime, el razonamiento es comunicación. Eso es. Colaboración es comunicarse, ser transparente por las razones por las cuales tomamos las decisiones que tomamos, sea en la parte que estés en el contrato. Es parte de la transparencia, lo que decíamos, y un tema que está íntimamente relacionado con cómo se mantiene el flujo. Me quedo con las palabras de Jerry. El gran problema es cómo mantenemos nosotros el flujo del proyecto. El proyecto tiene que vivir, tiene que ser exitoso, tiene que terminarse.¹

¹ Nota a pie de página, cuando la Contraloría hace muchos análisis sobre por qué las obras se paralizan, yo creo que pierde el foco principal.

Las obras se paralizan porque el flujo se acaba. Así de sencillo. ¿Y por qué se acaba? Eso es otra discusión, pero no es un problema, básicamente, de corrupción, no es un problema de gestión. Es un problema porque el flujo se acaba. No hay gasolina, el carro no anda.

¿Y cómo se gestiona este flujo? A través de la gestión del cambio. Este NEC tiene un proceso bastante menos estructurado, menos formal, y en esa medida, se percibe que la gestión del cambio puede ser con un marco más claro y más predecible. De hecho, como ustedes saben, el NEC no se les llama a los reclamos, «reclamos». Se llama evento compensable y ese tema, ese nombre ya trae una filosofía.

¿Cuáles son las desventajas del NEC, según la inteligencia artificial? Complejidad inicial. No es un contrato con una estructura tan obvia para los que recién están iniciando, según el requerimiento del contrato, requiere muchísima capacitación y adelanto cuál era la pregunta que yo le quería hacer a Andrea, ¿qué tan relevante es la capacitación para NEC y la pregunta también era para FIDIC, evidentemente. Esta adaptación local hay que navegar en el contexto local y de cultura local. Si hay una cultura local más confrontacional, es más difícil adaptarse en un paradigma colaborativo, si la gente está acostumbrada a confrontar, a pelearse, es más difícil utilizar al máximo las herramientas que tiene el contrato NEC, como en la carretera central, o las herramientas de gestión de riesgo, etc.

¿Qué dice de FIDIC? ¿Cuáles son las ventajas? Es un estándar global, a diferencia de NEC, que es un estándar menos global, que es un estándar mucho más global y, seguramente, que es mucho más conocido, y que está pensado en un contexto cultural mucho más amplio.

Tiene estructura clave conocida, más fácil de admitir. Tiene un procedimiento de resolución de disputas más detallado. Nosotros, en el Perú, hemos adaptado los DABs a los NEC, pero eso ya viene como parte del *mindset* intrínseco del FIDIC, y, evidentemente, la experiencia.

Si uno busca abrazar una cultura contractual, va a encontrar una cultura mucho más grande, mucho más extendida, muchos más casos, muchos más casos de éxito, evidentemente, en los proyectos FIDIC.

¿Cuáles se perciben como desventajas del FIDIC? La rigidez, se piensa que es formal. Hay costos en la implementación de la situación de los contratos, y los que tienen estructura clara pueden ser percibidos como complejos, que requerirían un mayor nivel de conocimiento y capacitación.

Entonces, ¿cuáles son los factores que deben las partes quizá elegir entre uno y otro. Los factores que deberían tomar en consideración son:

La naturaleza del proyecto. Jaime y Andrea han dado ejemplos claros de qué tipo de proyectos se podrían hacer con FIDIC mucho más apropiado.

El contexto local que tiene que ver con normativas y regulaciones.

Algunos principios de FIDIC podrían ser más fáciles o difícilmente implementables en la postura legal de un país, en las reglas de un país.

¿Qué tan necesaria es la flexibilidad y adaptabilidad? Qué tengo que cerrar el contrato. Cuánto tengo que intervenir el contrato para que se me ajuste al proyecto, si esta flexibilidad pareciera que NEC es una mejor opción. Si no necesito tanta flexibilidad, pareciera que FIDIC.

Eso es super importante, la experiencia de tu equipo. Si tu equipo tiene mucha experiencia haciendo FIDIC y lo hace muy bien, es decir, hay que hacer FIDIC. Como ves, es difícil.

¿Cuál es la cultura organizacional? Si tu cultura organizacional es más hacia la colaboración, pareciera que es más parecido a la cultura de un ente FIDIC, y, evidentemente, cuánta experiencia existe en resolución de disputas del tipo de disputas que tú prevés se puede presentar en tu proyecto.

Ejemplo, en el Perú, por los proyectos que hemos visto, con los gobierno a gobierno que tienen DABs con NEC, existe toda una larga relación de casos que se vienen resolviendo de cierta forma que te dan cierta predictibilidad. Que te da, evidentemente, un acervo de información y de precedentes que podrían ser muy útiles para gestionar lo que, al final, creo que queremos gestionar todos, que es la buena marcha del proyecto que parte por mantener un buen flujo de caja del proyecto, y nada más.

Abro, por favor, el micrófono a preguntas. Como ya les adelantaba, ya tengo yo algunas preguntas para Andrea y para Jaime, pero los invito, por favor, a participar.

Julio Fuentes: Buenos días, les saluda el ingeniero Julio Fuentes.

Alex Campos: Escuchamos.

Julio Fuentes: Bien, he escuchado atentamente las exposiciones. Es interesante el matiz que veo por los mecanismos de contratos que tenemos alternativos para hacer, pero quería hacer una pregunta porque el NEC, digamos, en su filosofía tiene muy insertada la gestión de riesgos. En realidad, todos los contratos tienen gestión de riesgos desde la estructuración, pero el NEC, digamos, en la fase de ejecución, tiene un matiz adicional y un gestor de riesgos que, por lo menos, en el caso peruano he visto que se han implementado en mis actuaciones, en las que he tenido.

En el FIDIC también hay, definitivamente, una asignación de riesgos desde la base de su estructuración.

Mi pregunta es la siguiente, para Jaime y Andrea, que tienen experiencia también, en el FIDIC ¿cómo se nota ese *risk management* potente al momento de ejecución? ¿Qué cláusulas nos dan esas ventanas para explorar? Porque el *risk management* es una buena práctica nacional e internacional que viene en el Project Management Institute de clase E, y, evidentemente, funciona. Cuáles serían las cláusulas claves por las cuales nos deberíamos ceñir a este modelo de contrato para decir: oye, yo necesito también hacer una gestión de riesgos en la fase de diseño y construcción o construcción.

Jaime Gray Chicchón: Andrea, ¿tú como ingeniero empiezas y yo cierro?

Andrea Dalceggio: Está bien. No tengo mucha experiencia en NEC, así que hablo solo por la parte de FIDIC.

Es verdad que NEC tiene lo que son las alertas tempranas que el FIDIC no lo tiene tan bien reglamentado. Lo introdujeron algo allá por la esquinita en el 2017, pero no es algo con lo cual se maneja el FIDIC. FIDIC se maneja por eventos.

Pero, el FIDIC se maneja, en mi opinión, por eventos. Pasa algo, miro en el contrato como cuál es el procedimiento para manejarlo, y aplico el procedimiento.

Jaime Gray Chicchón: Desde mi punto de vista, yo lo que te tengo que decir es que tiene el FIDIC una visión más tradicional, menos moderna de los sistemas de *risk management*. Los sistemas de *risk management* han sido desarrollados en Estados Unidos, básicamente, en los últimos cincuenta años. Pero, contrariamente, a lo que se piensa, no es el PMI o el mismo Prince británico el estándar internacional. Es un muy buen estándar, etc., sino que cada empresa grande que tiene cincuenta, cien años, tiene su propio sistema de gestión de riesgos.

Entonces, tú aún, qué te puedo decir, aún ves a nuestros amigos y clientes y preguntas sobre sus sistemas de riesgo y te dicen: «por supuesto». Pero no te van a decir que es Prince o que están utilizando los estándares americanos. Igual los americanos tampoco tienen o usan el PMI; usan sus propios estándares.

Entonces, en un contrato como es el FIDIC, que es hecho en los años cincuenta del siglo pasado, en donde, además, es una donación que hace el Instituto de Ingenieros Civiles a FIDIC, tienes una tradición de manejo del riesgo que está presente, pero que difiere a lo que, generalmente, en los años noventa recoge el NEC. Y, simplemente, la precisión, por ejemplo, pues, que en 1999 ya también ya había las alertas tempranas. Ya estaba mencionada y es una tradición más antigua, incluso.

Entonces, es distinta, pero no es que esté ausente. Es distinta, es más tradicional. Entonces, están, y las cláusulas están. Están en la 8, que es el tiempo, está en la 13, que es la variación, está en la 20, está en 4, está en todos lados, te diría, pero el chip es distinto en FIDIC. Más tradicional, sí.

Persona del público: No, si me permites complementar lo que dices, la pregunta tuya de por qué el FIDIC no tiene *management risks*. Es igual que decir que no tiene el FIDIC introducido.

Respuesta. El FIDIC se genera con un ámbito transnacional donde hay muchos países y muchos países desarrollan sus efectos organizadamente.

Entonces, no puedes regular a todos los países cosas que no pueden usarse en todos los países.

El NEC, inicialmente, se hizo para Inglaterra y con un encargo específico y con una razón específica, y con una mentalidad que estuvo muy desarrollada, implementa técnicas muy directas porque, a nivel nacional, habiendo una práctica, hay que implementarlas.

Entonces, esa fue una respuesta general. Como ha explicado Jaime, FIDIC considera completar esta labor de estar pendientes, alertas, informar, avisar, poner en la mesa el problema, discutirlo, pero nótese, a veces, que tienen que reunirse. ¿Por qué? Porque no todos los usuarios de contratos van a tener la capacidad de hacerlo.

Entonces, cuando se hizo el FIDIC, se pensó por qué el FIDIC no tiene esto. Pues, porque, a lo mejor, entender que es un contrato para poder usarse más fácilmente en todos lados.

Si tú me preguntas ¿podré incluir leyes en el FIDIC? Perfectamente, ningún problema. Salvo esa parte porque no te va a operar lo que es el concepto de riesgo en funciones. Salvo eso, esa parte no más. Porque tiene que haber, por qué no tienen. Pues, porque no. Lo que tú necesitas no todas las partes lo necesitan. Eso no impide que tú lo puedas introducir.

Y con NEC pasa eso. Porque en NEC, cada ley que implementas y es que es una revolución y es que no llegas a ello. Y el sistema de *management of risks*, cuando entró, pues, la gente dijo: ¿qué es esto? Y es que vos que estáis muy abiertos, y rápidamente lo entendiste. Pero, vete a ciertos países a hablar del NEC con una mesa...

El problema no era explicar cómo funciona este contrato FIDIC. El problema era explicar qué es un contrato, porque ellos no habían firmado nunca un contrato. Ellos se daban la mano y con eso te vale. Entienden que con este FIDIC es muy útil, pero no van a ciertos temas...

Alex Campos: Carlos...

Juan Carlos Figueroa: Yo quería la opinión de Jaime y de Alex respecto a lo que han explicado ahí los factores para elegir un NEC o un FIDIC, pero quería situarme en una perspectiva distinta; por un momento, pensemos que se trata de un proyecto complejo y un proyecto que uno ve que van a

venir conflictos, y que, tarde o temprano, va a terminar en un arbitraje, y mirando esa perspectiva, pensando que la experiencia de las partes involucradas no pesa mayormente, elegirían un FIDIC o elegirían un NEC y por qué. Pensando en la interpretación contractual, pensando en un árbitro que va a tener que resolver en base a un tipo de contrato u otro, que era un complejo, una obra, un proyecto muy complejo y que sí o sí lo más posible es que termine en un arbitraje. ¿Qué me recomendarían?

Jaime Gray Chicchón: Querido Juan Eduardo, yo, ateniéndome a lo que he hecho, me faltan datos para responderte.

Necesitaría saber, por ejemplo, que si está hecha la ingeniería o no, qué bien o mal hecha está, cuál es tu perspectiva, el propietario ha elegido como *driver* el tiempo como, por ejemplo, pues, los Panamericanos, o fue la calidad, o fue el precio. Necesitaría saber cómo está tu mercado. Yo, tú sabes, alguna vez he trabajado en un proyecto en tu país, he tenido ese honor, y veo que tienen una cultura distinta a la nuestra. Entonces, falta toda una serie de datos para darte una mejor respuesta.

Preliminarmente, yo sí creo que la presencia del *dispute board* en contratos FIDIC, en contratos bien modificados para tener *dispute board* han sido muy útiles para evitar que la sangre llegue al río. Y, en mi experiencia, querido amigo, el tema es fundamentalmente cultural en el fondo. El tema es ese, es nuestra cultura de abrírnos, darnos la mano, cumplir lo que decimos y ese es el verdadero reto en todos estos contratos.

Entonces, más que FIDIC o NEC, que era lo que hablábamos en nuestro correo de coordinación, es eso, es el reto del proyecto y la cultura del proyecto, incluyendo gobernanzas, asignaciones de riesgo, etc.

Alex Campos: Si el licenciado González de Cossío sigue en línea, me gustaría pasarle así, muy así, a fila de torero, pasarle la pregunta de Juan Eduardo, pero con un pequeño matiz. Yo creo que aquellos proyectos que tienen un DAB, evidentemente, ha habido una trazabilidad, y esa trazabilidad es súper importante porque evita el problema de la doble narrativa en un arbitraje. Cuando uno es árbitro y recibe el memorial de demanda y esta línea, esta historia está clarísima. Y cuando recibe, luego, el memorial de contestación y dice: «No estoy seguro de que ambas partes hayan hecho este mismo trámite. Es el mismo proyecto, ¿no? De repente se han equivocado y este es otro arbitraje porque las narrativas son totalmente distintas porque la falta de trazabilidad te da mayor licencia literaria en el memorial de demanda y contestación, y yo creo que por ahí podríamos ensayar una primera... es que entra el modelo contractual que genera mucha trazabilidad; y, por ejemplo, los NEC te generan mucha trazabilidad en el tema de la gestión de riesgos, que es lo que venimos conversando hace un momento, desde las alertas tempranas, y eso nos sería bien difícil de cambiar.

O sea, es muy difícil ir a un arbitraje a contar una historia diferente de lo que dice la ley arbitral. Es muy difícil hacer esa historia.

En ese ánimo es que comparto lo que decían Jaime y Pablo. Las herramientas están ahí, la gran diferencia para mí entre NEC o FIDIC, es que NEC se ha dado el trabajo de decir: «y tus herramientas son estas: 1. Acá está la llave inglesa, acá está la wincha, acá está cada una de tus herramientas, tu caja de herramientas; estas son».

Esas herramientas igual existen en el mundo de FIDIC, solamente que no tienes el inventario que NEC se ha preocupado tanto en darnos, y el tema de la colaboración también es superimportante. ¿Por qué? Porque si tú tienes un tribunal arbitral que está convencido de que lo que hay que hacer en un proyecto, la labor de las partes es generar valor. O sea, si somos conversos de esa filosofía, las partes entramos a un proyecto de infraestructura a generar valor, evidentemente, los árbitros que aplican esa misma filosofía comenzarán a medir las decisiones de las partes con respecto a si tuvieron decisiones estratégicas para su mejor interés, o tuvieron decisiones en aras de aportar valor al proyecto.

Alex Campos: Creo que Edmundo puede alcanzarlo conmigo, con mi pregunta.

Por favor.

Persona del público: Buenas tardes a todos. Cuando dices: en mi experiencia, mi experiencia es casi básica en la construcción de aeropuertos, y la particularidad en la construcción contratos NEC y FIDIC.

Y lo dicho aquí por vosotros no puede ser más importante que el tratamiento de cultura. Los contratos NEC están guiados y direccionados con una mentalidad anglosajona diferente del resto del mundo.

En todos los contratos del estilo que se aplicaba las normativas NEC, todos ellos derivaban y eran como que apéndices de la civilización anglosajona.

Nosotros, más latinos, necesitamos, tal vez, de directivas más definidas con un contrato FIDIC. Un NEC es más detallista para un destornillador, un cuchillo; es más detallista porque necesito de esa definición más detallada. A nosotros nos basta una cierta orientación y después usar las herramientas necesarias para aplicar lo que convenga.

En suma, lo que quiero decir es que la cultura de cada país, la cultura de cada región es la que debe definir la base de los contratos a ser usados. Así es.

Gracias.

Alex Campos: Creo que hemos sido muy puntuales con el tiempo. Te agradecemos mucho. Nuevamente, gracias a mis compañeros de panel. Ha sido un honor asumir esta mesa y le doy pase a la organización y agradecer nuevamente por habernos invitado.

Karina Zambrano Blanco: Pero, antes de que se vayan, primero quiero agradecerles la consideración de liderar. Ustedes son hombres de mucho trabajo; la construcción no los deja ni pestañear. Sé que trabajan 24/7 y venir aquí es un gran honor.

Dos, quedó claro en este panel, en la presentación que aquí, y es importante la cultura, como dice nuestro amigo, pero hay que incrementar un elemento en el Cusco, que son las creencias.

En el Cusco tú no puedes empezar una obra sin primero agradecer a la tierra y a los Apus, si no, todo se cierra; y, aunque no lo creas, es cierto.

Entonces, ese elemento tenemos que agregarlo e incorporarlo en Cusco y el otro, el agradecimiento. Es decir, primero en el Cusco tienes que dar para luego recibir, y así somos los cusqueños.

También quedó claro que hay que distinguir las herramientas. La mediación prioriza la voluntad de las partes; el arbitraje prioriza la prueba. ¿Y los *dispute boards* qué priorizan? El proyecto.

Entonces, muchas gracias por contribuir con toda esta información.

Alex, muchas gracias por acompañarnos desde el primer evento, desde los primeros eventos con Zambrano, a veces, desde tu casa. Bueno, sigamos difundiendo las buenas prácticas. Gracias por contribuir a una buena práctica transparente. Muchísimas gracias. Un fuerte aplauso para todos.

PANEL X. ¿LAS DEFICIENCIAS EN EL EXPEDIENTE TÉCNICO, AMPLIACIONES DE PLAZO, DEMORA EN LA ENTREGA DE TERRENO Y ADICIONALES EN LAS OBRAS. ¿CÓMO EVITAR QUE LLEGUEN AL ARBITRAJE?

Alberto Quintana (moderador)

Glenn Cameron

Dante Mendoza

Edison Matto

Óscar Cortés

Karina Zambrano Blanco: Tenemos a Óscar Cortez. Óscar Cortés es representante de DRBF de México. Entonces, quiere darnos un mensaje porque él también no pudo llegar, así que le doy, por favor, cinco minutos.

Óscar Cortés: ¿Qué tal estimada Karina? ¿Cómo están todos?

Karina Zambrano Blanco: Muy bien. Aquí felices de escucharte.

Óscar Cortés: Perfecto.

Karina Zambrano Blanco: Y sé que nos has acompañado en el panel anterior Y, bueno, no puede faltar tu mensaje en el adecuado uso de la herramienta de los *dispute boards*.

Óscar Cortés: Con todo gusto les comparto una presentación. Nada más quería poner en contexto que agradezco mucho la invitación. Lamentablemente, pues, por cuestiones de agenda, me fue imposible asistir en persona, pero mi corazón está allá. Les mando un gran saludo acá desde el norte de México y el sur de Estados Unidos, acá en San Diego.

Y, pues, mira, voy a hablar de algo que ahora los buenos expertos, Jaime Gray, todo un extraordinario líder y Andrea, comentaron qué es lo que son las buenas prácticas, pero les voy a hablar de la variable, si me permiten compartir.

Bueno, el título de la presentación es una gestión o gerencia integral de control de riesgos para el manejo de los reclamos, los *claims* que se le llaman acá en Estados Unidos, pero, más que nada, son herramientas que son necesarias para prevenir, precisamente, esos reclamos.

Como bien saben, hay muchos modelos de contratos y hablaremos de eso, pero me voy a concentrar acá en mucha de la experiencia que se tiene en California, en particular, el departamento de carreteras, CALTRANS de acá, que he participado como consultor y como director de gestión de reclamos y todas las modalidades que se utilizan, precisamente, para evitar situaciones durante el proceso de construcción.

Bueno, algunas de las tantas herramientas que se tienen aquí, no voy a entrar en detalle en todas porque necesitaría un par de horas, creo que tengo quince minutos, y no los quiero yo enfadar más que eso, pero tienes que definir primero qué tipo de modelo de gestión de contrato tienes. Ya se ha platicado que hay diseño, licitación y contratación, hay diseño y construcción, hay APPs, hay otra cosa que se llama diseño progresivo. Hay otra cosa que se llama CMCG, gerente de construcción, contratista general. Y eso se define mucho en las etapas preliminares. Y eso es importante porque de ahí se van a derivar acciones en la transigencia de riesgos, y cómo se va a diseñar todo el proceso.

Hablaremos también de una herramienta que se utiliza mucho, que es una herramienta que, inclusive, la estoy proponiendo ahora en México y espero que en Latinoamérica. Es una herramienta de revisión de pares, que se llama revisiones de constructibilidad, que es muy importante. Ahí involucra mucho la experiencia también y se invita, a veces, a las compañías constructoras a participar.

Hay otra herramienta que es también muy importante, que también se está promoviendo que es la ingeniería de valor. Puede ser durante el proceso de diseño o durante la construcción dentro de una orden de cambio. Y mucho de esto es la administración del contrato, el famoso *contract management*, donde se habla del control de la obra, cuál es la autoridad del ingeniero y las órdenes de cambio. Va a haber órdenes de cambio y todo este tipo de situaciones colaborativas que se tienen que tener en los contratos, como son las figuras de los *partnering* que son por requisito acá ley de Estados Unidos, y

también lo que vienen siendo todos los *dispute resolution boards*, que por ley acá los manejamos ya implícitos en los contratos y toda una serie de buenas prácticas de herramientas que te llevan a, yo diría que 95 % de las veces se resuelve todo durante la fase del contrato con un énfasis en lo técnico.

Bueno, el proceso de gestión empieza desde lo que es la necesidad. Estoy hablando a muy alto nivel, la necesidad y las prioridades que se están buscando, y de ahí se deriva un documento que se llama PID, Project Implementation Development. Es un documento, prácticamente, como una ficha técnica donde se tienen las atribuciones y lo que se está buscando, algo de costeo y eso es importante porque se va a programar un recurso y hay fondos ya etiquetados. Esa es una gran virtud.

En el Estado de California, en particular, el departamento de CALTRANS manejamos fondos del Estado de California, que es un producto de las gasolinas. Eso es un fondo. Hay otro fondo que se utiliza para mantenimiento de carreteras para ampliar la capacidad para sustentabilidad, que es todo un tema que se está promoviendo.

También hay recurso federal que se da. También hay recursos que generan las municipalidades, que son a través de los bonos que son deudas. Emiten deuda y con eso se desarrolla proyectos de infraestructura.

También tenemos APPs, tenemos varios proyectos de APPs en los que he participado. Todo eso es el esquema de la forma de financiar y se va identificando cuáles van a ser esas fuentes de financiamiento, ¿verdad?

Una cosa, que es muy importante, es el documento ambiental, que es una formalidad. Se hace ingeniería básica y se ponen tres alternativas. Por lo general, la preferente. La segunda y la tercera es que no se puede hacer nada. Rara vez no se va a justificar, pero hay ocasiones que, de plano, no se puede hacer. Y eso es muy importante porque voy a hablar mal de México, no voy a hablar de otros países, a veces no se le da la prioridad a ese documento porque es antes de entrar al diseño, antes de entrar realmente en la fase ya de ingeniería de detalle, que viene siendo la fase PS&E, que es Project Specification and Estimate. Y luego viene la situación, y, por último, la construcción.

Concurrente con esa fase está la fase del derecho de vía, el *right of way*.

Este ciclo es muy importante porque en cada una de esas etapas hay riesgos y hay talleres de riesgos que se llevan a cabo para ir mitigando situaciones conforme se van despejando las dudas.

Hoy, inclusive, los riesgos son oportunidades. A veces, a través de un taller de ingeniería del valor salen oportunidades que se incorporan en la fase de diseño.

La ingeniería del valor es una metodología en la que estoy certificado y es una gran herramienta que te permite pensar fuera de la caja. En innovar con formas considerando costos sin perjudicar la esencia del proyecto.

Algunos de los riesgos se pueden presentar. Vamos a hablar de la fase ya de diseño porque hay riesgos de cuestión que el manifiesto de impacto ambiental es muy restrictivo y hay ciertas ventanas donde se tiene que jamás se va a poder trabajar. Obviamente que eso restringe mucho la productividad, pero es lo que es.

Hay riesgos también en el manejo, y, generalmente, cuando tú tienes una carretera hecha y vas a aumentar un carril o vas a repavimentar la zona o tienes que manejar el tráfico local con una serie de requisitos y estándares, y, por lo general, eso significa trabajar en la noche. No vas a trabajar durante el día para perjudicar la economía por hacer un contrato. A eso se le llama *staging and traffic calming*. Y, obviamente, que hay contratos que, a veces, están muy cerca que también afectan. Todo eso se tiene que identificar, obviamente, que en los derechos de vía o de ese *right of way*, hay riesgos *utility relocation*,

que es uno muy común, es que, a veces, hay instalaciones subterráneas de terceros que se tienen que identificar para poder ponerse en el contrato.

Hay riesgos con cuestiones de derechos de vía, permisos para entrar y una serie de documentos que tienen que liberarse antes de la licitación por ley. Al menos, si no se va a liberar, se tiene que tipificar en un riesgo.

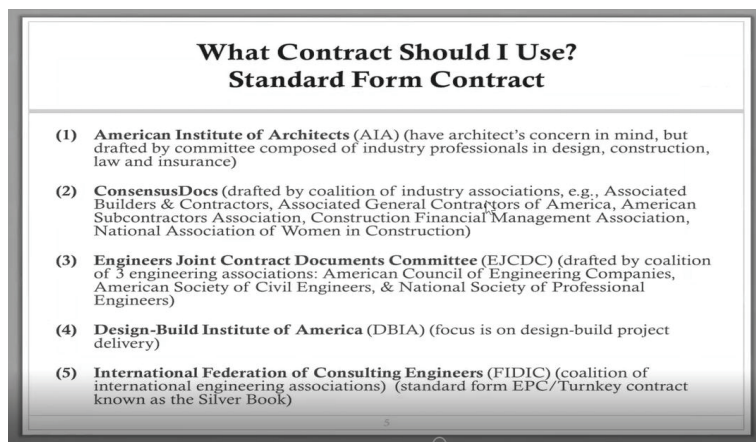
Bueno, hay muchos tipos de situaciones de la constructibilidad. Voy a hablar de cuál es el objetivo de revisión de pares, es reducir las órdenes de cambio, reducir los *claims* o los reclamos, y también visualizar oportunidades para que una compañía constructora pueda ejecutar una obra con esas restricciones, que son la accesibilidad. Hay restricciones de altura, el tiempo, la duración del contrato, todo eso. Y también se revisa que los contratos tengan la esencia, que no tengan errores ni omisiones, para evitar complicaciones. Mucho de esto sale en la junta de declaraciones.

Ingeniería de valor, ya hablé un poco de eso, de lo que representa eso, la oportunidad.

Aquí viene la administración de contratos, voy a ir un poco más rápido. Luego viene todo lo que es el manejo de las órdenes de cambio y el *claims management*.

Qué tipo de contratos, pues aquí se hablaba mucho de FIDIC, se hablaba mucho de NEC.

Bueno, se entiende en Estados Unidos y, en particular, aquí el CALTRANS es el número 2 y el 3 Consensus Documents, que es producto de las compañías constructoras y Engineers Joint Contract Documents, que es producto de la American Society o CEO Engineers.



Mucho de lo que viene en NEC ya lo vemos acá a través de eso, y, pues acuérdense de que Estados Unidos es una sociedad de litigio y de *common law*.

Así es que mucho es prevención y el contratista va a construir, no va a hacer ingeniería. Todos los documentos del contrato tienen que estar muy bien definidos. Por eso es buen negocio hacer las cosas bien.

El contrato, obviamente, es la responsabilidad entre dos entes donde se delimitan los riesgos y las obligaciones y las relaciones contractuales. El manejo del control del trabajo, pues, ahí vienen las bitácoras, la autoridad, las obligaciones de cada uno, las obligaciones del ingeniero. Aquí hay figuras

como las que hay en FIDIC, como las que hay en NEC con el Project Manager y las que tenemos son la figura del ingeniero, la autoridad del ingeniero, el manejo de todo el proceso de pago, de toda la cuestión de la interpretación de las especificaciones y la calidad y aceptabilidad del trabajo.

Control of Work: Governing Order Contract Documents	Construction Contract Components
1. Special Provisions 2. Project Plans 3. Revised Standard Specifications 4. Standard Specifications 5. Revised Standard Plans 6. Standard Plans 7. Supplemental Project Information	• Project Plans – Specific plans drawn for your project • Project Specifications – General Specifications (Standard Specifications, Greenbook, etc...) applicable to similar projects – Special Provisions for your specific project • Project Site Information – A report of specific site conditions, foundation information, environmental alerts and requirements
	Public Agency Responsibilities
	• Create Plans & Specifications a professional contractor will find suitable to bid and build the project • Provide bidders with all relevant information to determine the difficulty of construction, the quantity of materials and reasonable time to complete the work • Award the contract to the lowest responsible bidder • Make the site available in the promised time • Provide sufficient supervision to be assured of the quality of the work • Make timely payments to the contractor

Las obligaciones de la compañía constructora, toda la cuestión del control de calidad, toda la cuestión de terminar en tiempo y forma, ¿verdad? Y esto es muy importante: los documentos de orden jerárquico empiezan dentro del contrato; empiezan con las *special provisions*, que son las provisiones especiales, los planos del proyecto, las especificaciones revisadas. Tenemos ya pliegos de especificaciones, a veces, hay autorizaciones que se llaman revisadas. Los *standard specs*, por eso lo pongo en rojo, ya está especificado mucho, las revisiones a los *standard plans*, que también hay cuestiones así. Los *standard plans* los pongo en rojo y toda la documentación complementaria, como pueden ser estudios geotécnicos, entre otros. Todo esto es importante porque está en el contrato.

Change Orders (COs)

A CO is...

**A legally binding document used to
make changes to the contract.**

Los cambios del contrato, no voy a hablar mucho aquí. Obviamente que una orden de contrato se tiene que ver en qué forma se va a pagar, qué se está impactando, cuál fue el cambio o que se está haciendo de acuerdo, si es trabajo adicional o si es una forma.

- What is the overall impact on the planned work?
- Will it cause a work character change?
- Will the contract time be affected?
- What methods of payment should be used?
- How will any adjustments of compensation be determined?
- Is the proposed work already covered in the contract?
- Is CO necessary to complete the work as contemplated at contract approval?
- Are there sufficient contingency funds?
- Can additional funds be obtained soon enough to prevent delays?

Purpose of a CCO

- To change contract plans, specifications, or both
- To describe the work and method ...to be paid as extra work
- To authorize an increase in extra work funds to complete an authorized change
- To make payment adjustments
- To implement a value engineering change proposal
- To clarify terms of the contract
- To resolve disputes or potential claims

CO describes the :

- Changes or added (extra) **work**
- **Payment** basis
- **Time** adjustment

Aquí hay una modalidad que se entiende un 25 % de los precios unitarios hacia arriba, hacia abajo, para poder actualizar, si no se hace un ajuste, que se le llama o se hace un *lump sum agreement*. No voy a hablar mucho de esto.

Claim Definition

A Dispute

A difference of opinion over the need to revise the contract for:

- A fair time extension
- A fair payment for added work
- A fair payment for unanticipated work

Types of Claims – Contractual

- **Contract Interpretation Disputes**
 - Ambiguous parts of plans or specifications
 - Changes in the Work or Materials
 - Contract schedules and updates issues
 - Administrative deductions
 - Quantity disputes

Types of Claims – Physical

- **Differing site conditions**
 - Physical conditions differing materially from any of the following:
 - Contract documents
 - Job site examination
 - Physical conditions of an unusual nature, differing materially from those ordinarily encountered and generally recognized as inherent in the work provided for in the Contract



What is a contract claim?

A contract claim is a dispute/ disagreement between the contractor and Caltrans over the need to revise the contract.

Stems from disagreements in the interpretation of:

- Plans
- Specifications
- Other contract documents

Documentation

It is imperative to have sound documentation for claims. Items include:

- Request for Information (RFI) from contractor
- Initial Potential/Supplemental info and agency response
- All correspondence
- CM diaries
- Inspector diaries

- Contract docs plans, specs, change orders, supporting documents
- Photographs/Videos
- Calculations and analysis
- Visually Statement of Working Days
- Critical path method schedules
- Other pertinent information

Hablamos de *claims* rápidamente, que siguen siendo los reclamos. Hay tipo contractual donde son interpretaciones de las especificaciones, deducciones administrativas, cuestiones de estimación, y hay tipo físico, como vienen siendo todas las cuestiones subterráneas, como son las instalaciones subterráneas o las condiciones diferentes de suelo.

La evidencia de los *claims* está sobre el que demanda el *claim*. Entonces, más vale que tengas actualizadas toda tu programación de la obra, cada mes haz la actualización y que se tenga todo documentado porque trae un proceso administrativo. Aquí hablamos un poquito de la cuestión de las demoras, pero no voy a entrar en detalle.

Delay Issues

• Excusable Delay

A Delay to a controlling activity beyond the Contractor's and Owner's control that extends the project scheduled completion date.

• Inexcusable Delay

A Delay to a controlling activity caused by the Contractor or the Owner that extends the project scheduled completion date.

• Concurrent Delay

A Delay to a controlling activity partially caused by both parties

Choosing a Delay Analysis Technique

- Impacted As-Planned
- Time Impact Analysis (TIA)
- Windows Analysis
- As-Planned vs. As-Built
- Collapsed As-Built ("But For")

Entonces, el *dispute resolution board* fue una creación de la American Society.

DRB/DRA Recommendation

- * Within 10 days of receipt, either party may ask for clarification of any part of the recommendation—only one request for clarification per party
- * DRB/DRA to respond to request for clarification within 10 days
- * Within 30 days after receipt, each party must advise DRB/DRA whether accept/reject
- * Failure to respond within time period = acceptance
- * If reject, must state specific reasons (NEW)

Legal Parameters of a DRB/DRA

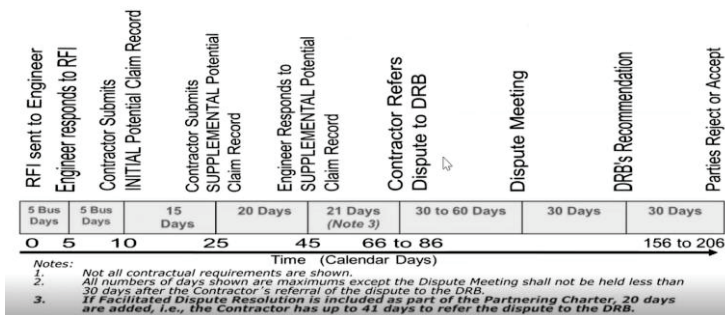
- * What about case law or other legal theories?
- * DRB/DRA is not a legal proceeding
 - * Legal arguments by the parties based on case law or other legal theories are not appropriate for these proceedings and should not be considered in recommendations.
 - * DRB recommendations should be based on contractual provisions and the relevant statutes and regulations as referenced in the specifications and/or are necessary to review in order to understand the specifications.
 - * Legal analysis based on case law and other legal theories should not be part of DRB recommendations.

Admissibility of DRB Recommendations

- * DRB recommendations are admissible in arbitration in California.
- * DRB recommendations are not binding in arbitration but are frequently given weight by an arbitrator.
- * DRB recommendations should relate to technical and contractual compliance issues, not legal issues that will be resolved in arbitration.

Y me voy a ir a la última porque me queda un minuto.

DRB Traditional Dispute Meeting Time Line



Esto es muy importante porque aquí se habla mucho de todo el procedimiento del *dispute resolution board* en tiempo. Todo es tiempo y justificación.

El RFI file que es Request For Information, si tengo una duda, por escrito someto al ingeniero y el ingeniero tiene cinco días para contestar. Si no me contesta, quiere decir que ya está aceptando, y si tengo todavía duda, tengo otros cinco días para iniciar una cuestión que se llama Initial Potential Claim Record que voy a iniciar el reclamo inicial. El ingeniero tiene quince días para contestarme si lo acepta o no lo acepta, y si no importa, si no lo acepta y yo sigo con mi reclamo, yo, como compañía constructora tengo 15 días para documentar en qué me está afectando. O sea, el *quantum* famoso de ese reclamo.

Se va, como ven, la relación dentro del tiempo, se va respondiendo eso, y, si se llega a un acuerdo, se hace una orden de cambio, se paga, no hay problema. Para eso es importante, identificar riesgos porque de ahí se derivan contingencias. Si no se llega a un acuerdo, se va a un *dispute resolution board*.

En Estados Unidos, generalmente, son no vinculatorios, pero tienen un poder muy importante en caso de que se vaya a arbitraje.

Son tres figuras que, generalmente, muchos son ingenieros, la gran mayoría, y sus recomendaciones son de carácter técnico basado en los hechos. Qué dicen las especificaciones, porque si ya tienes modelos de contrato estándar, y sobre eso se dan recomendaciones técnicas, y las que puedes aceptar, pero 90 % de las veces se resuelve y eso evita irnos a arbitraje.

Pues, es todo, muchas gracias por su atención. Espero no haberles quitado mucho tiempo, pero esas son algunas de las buenas prácticas que se pueden utilizar en la entrega de proyectos.

Encantado de contestar preguntas.

Karina Zambrano Blanco: Gracias, Osquitar. Gracias por comentarnos tu experiencia en construcción en Estados Unidos y México y la solución de controversias.

Es muy importante para nosotros esta experiencia, porque así tenemos la visión europea con Pablo, la visión americana con Óscar, y la visión peruana aquí con Luis Fukunaga, Jaime Gray y ahí estamos.

Voy a pedirles que les des tu correo o dónde te ubican para hacerte alguna pregunta porque ya estamos en hora de *break*.

Oscar Cortés: Yo soy el vicepresidente de asuntos internacionales de los ingenieros civiles de acá de México, pero este es el correo institucional, pero me pueden localizar en este, que es mi particular: corteroscar@gmail.com y aquí tienes del celular, que también es Whatsapp, a sus órdenes.

Karina Zambrano Blanco: Ya, muchísimas gracias, Osquitar. Un abrazo, saludos desde Perú y hemos sentido tu cariño y corazón. Un fuerte aplauso para él.

Óscar Cortés: Gracias, Karina, nos vemos pronto.

Alberto Quintana: Gracias a la Asociación Zambrano por la invitación que nos ha cursado a esta nueva edición de este congreso internacional que está referido a temas tan importantes como la integridad de la construcción, los contratos con el Estado, JRDs y arbitrajes.

Nos toca el décimo panel y, puntualmente, los temas que se nos han encargado desarrollar están referidos al contrato de obra y cómo se debe evitar en la ejecución de este contrato que las disputas

que se pudiesen generar o las controversias o los desacuerdos que se pudiesen generar en su ejecución, ya sea derivados de deficiencias en el expediente técnico, ampliaciones de plazo, adicionales de obra, puedan no terminar en arbitraje.

Me acompañan, para no hablar de rosas o espinas, rosones, por supuesto, estoy rodeado de ingenieros y me complace integrar una mesa de este tipo porque esto es una muestra clara de cómo desde diversas ópticas profesionales, ingenieros y abogados no solamente pueden, sino que deben conversar y deben ponerse de acuerdo. Y deben entender los problemas en conjunto y deben saber cómo conducir la ejecución de una obra a la que no le van a faltar discrepancias, en donde no van a estar ausentes los problemas que se puedan ir llevando, problemas que, evidentemente, en un contrato de obra resultan normales por la variedad de partes que integran, que participan en la ejecución, por los plazos prolongados que son vinculados a este tipo de proyectos de infraestructura, por los imponderables que, sin duda, surgen durante la ejecución contractual y la asignación de riesgos. Qué duda cabe, riesgos de todo orden, de todo tipo, que bien llevados, bien conducidos, seguramente van a lograr lo que, en esta mesa, con un buen relacionamiento, hemos logrado: saber plantear nuestros temas a efectos de poder conducir el debate hacia la mejor finalidad que es la de exponer nuestras experiencias y conocimientos en estos temas que nos atañen.

Óscar Cortés es parte del panel, pero él ya ha hecho su disertación previamente por una razón de agendas y de tiempos, pero yo me quedo, de su exposición, con una frase que nos ha compartido, «el riesgo visto como una oportunidad». Una oportunidad para que la gente repiensé; las personas, las partes intervinientes repiensen y logren la terminación de los contratos y evitar así tantos proyectos trunco de los que nos tienen acostumbrados.

Para este efecto, entonces, me acompaña en la mesa Dante Mendoza. Él es ingeniero civil, tiene una maestría en gestión y administración de la construcción, tiene un diplomado en gerencia de proyectos, así como un diplomado en gestión de contratos colaborativos para la construcción, también un diplomado en derecho de la construcción y liderazgo estratégico. Él se desempeña actualmente como gerente general en MSD Proyectos e Inversiones, que es una empresa constructora con más de 25 años de actividad para el sector público y privado. Además, es director de empresas de innovación y desarrollo para el sector construcción de Latinoamérica. Y, por supuesto, es el primer vicepresidente del gremio de construcción e ingeniería de la Cámara de Comercio de Lima.

Dante nos va a conversar respecto del tratamiento de los adicionales y ampliaciones de plazo en contratos de obra.

Así que, sin más, Dante, te doy el uso de la palabra.

Dante Mendoza: Muy buenos días. Gracias, Karina, por tu invitación a este congreso tan importante para la industria de construcción.

Y, miren, yo voy a dar unos comentarios, unas ideas desde la mirada del contratista. Nosotros los contratistas conocemos esa parte que tiene que existir para que exista la obra, y viceversa. Estamos incursionando, actualmente, en un negocio y que es un negocio de altísimo riesgo, poco margen, y también es muy conflictivo. Pero, en esto de los adicionales no voy a pretender hacer una clase teórica porque ya demandaría hacer un taller. Yo les quiero dar unos comentarios para que ustedes puedan ver el punto de vista que tenemos nosotros los constructores, que somos, algunas veces, los que nos metemos en los problemas, o los que hacemos los problemas, seguramente.

En este tema, todo parte de la actitud que tienen las personas en afrontar los problemas y las soluciones que tienden que venir a darse.

Esta nueva ley, y quiero comenzar un poco comentando lo que yo veo de la nueva ley.

Esta no es una ley fácil. Va a necesitar un período de adaptación, pero lo que sí aprecio es que es una ley bastante retadora. ¿Y por qué? Porque es una ley ambiciosa y moderna. Y entiendo que cuando encontramos términos o tópicos como la ingeniería de valor, como el valor por el dinero, tecnologías o herramientas como el BIM, LEAN, VDC, entregas de proyectos ambiciosos como el APD, yo me pregunto si estamos realmente preparados para tal reto.

Inclusive, hablamos de la ley sobre las PMOS. Eso es importante.

Pero, yo veo, aparte de ello, que, siendo un reto, nosotros, como parte privada, y que tenemos algunos años previos de haber incursionado en estos términos o tópicos, vuelvo a repetir, y con éxito, con relativo éxito. Miren ustedes, por ejemplo, en el APD, que debe ser la entrega más ambiciosa que hay, hay empresas inmobiliarias, inclusive, hay una casa de estudios, una universidad privada que usa este sistema de entrega de proyectos con mucho éxito. Ahora trata de esa experiencia verterla al sector público, y para eso, nosotros, como gremio, estamos tratando de tener estas buenas prácticas y llevarlas al público.

Miren, sobre el tema que me invitan a comentar sobre los adicionales y ampliaciones de plazo, estos temas son hasta naturales, valga el término. ¿Por qué? Porque no hay ningún tipo de contrato en el que no se presenten reclamos. Por ende, van a surgir prestaciones adicionales, no sé, mayores metrados, variaciones en costo y plazo, eventos compensables, etc.

Ya estamos hablando un poco actualizando las ideas a los diversos tipos de contratos que hay. Y, para ello, entiendo y comulgamos con los contratistas, que ya existe el mejor antídoto que hay para evitar ir al arbitraje, y eso es el buen ejercicio de la JPRD o DAB. Y por una sola y justa razón, que es el manejo de su gestión de riesgos que, para nosotros, son los problemas, valga la redundancia.

Las competencias que tienen las JPRD y que se dan ahora desde el inicio, y esa ya es una condición contractual porque antes no lo era, ahora sí se dan, quiere decir que la obra se inicia ya constituida con una JPRD, al igual que el adelanto, la designación del supervisor, etc., y se da hasta la finalización de obra.

Aquí quiero dar una alerta porque se dice que en la JPRD su competencia solamente se dará hasta la culminación de la obra, y que, para tratar la liquidación de obra, eso se sujetaría a una adenda. Habría que ver si la otra parte va a querer suscribir esa adenda. Y, sobre todo, cuando en la liquidación de la obra es cuando tú vas a dar las cuentas: qué te debo, qué me debes, y ese es un tema que ahora está ahí, hay varios problemas. ¿Por qué? Porque, si bien es cierto, estamos avanzando en el tema de superar las obras paralizadas, ahora nos estamos encontrando con un nuevo problema.

Tenemos obras paralizadas, pero tenemos obras no pagadas. Entonces, ya hay un tema. Terminó la obra y me debes. Y ya comienza el tema, pues, del Estado, disculpen el término del «Estado cabecero». Entonces, he ahí un poco lo que tenemos que ejecutar.

Yo siempre decía, no, miren, antes de que se me vaya, antes cuando ganábamos una obra en la oficina, me decían: «Ingeniero, ¿por qué no se alegra?». Yo, la verdad, les decía, «Pucha, no sé si reír o llorar». ¿Y por qué? Porque el tiempo me daba la razón. Porque pasaron los días y venían y me decían: «Ingeniero, ¿sabe qué?, nos ha falta un metrado». Después, «Oye, ¿sabes qué?, esta partida no está considerada». «Ingeniero, han designado la supervisión a tal compañía... ¡Oh! Entonces, era que pensábamos y yo decía: «Y todavía comenzábamos y ya hay un ambiente confrontacional». Y, es más, cuando agendaba las obras, y teníamos una cosa tan simple de resolver, como era, pues, por ejemplo, un vicio oculto. Si no lo aceptaban, si lo hemos encontrado, pues, de pronto decían: «No», discutían que eso no era un vicio oculto. Por favor. Y me decían: «Pero ¿cuando viniste a ver el terreno no te diste cuenta? Es imposible, ¿no trajiste tu detector de metales?, qué sé yo...». «No, jamás». «Bueno, ¿y en tus preguntas, hiciste la pregunta?». «Sí, sí lo hice». «Y qué especificaste... inherente, pusiste todo. ¿Y qué te respondieron? Pero, está todo de acuerdo a las bases». «Cíñase a las bases». Claro.

Entonces, yo decía «Bueno, qué...». Y el supervisor me decía: «Bueno, ya estás, y apúrate porque ya estás... y el plazo está corriendo, ¿ah?». Fritos.

Pero, en los últimos años, este panorama ha cambiado. Hay una mejor luz para los empresarios constructores y hay nuevas alternativas de contratos que nos permiten tener, de repente, mejores entornos colaborativos, mejores entornos de conversación, más flexibles. No del todo, no nos entusiasmos, pero algo hay.

Y, para ello, la mesa anterior había conversado sobre las entregas de proyecto, y yo comulgo en todo sentido en que es muy importante precisar la elección del sistema de entrega de proyecto. ¿Y por qué? Porque debe ser de acuerdo con la magnitud y la capacidad de la entidad. Y cuando hablamos de la capacidad de la entidad de gestionar, en gestión, cuando hablamos de gestión es un tema de personas. Es un tema de recursos humanos, tanto de habilidades blandas como de habilidades duras.

Y cuando tú eliges este sistema de entrega de proyectos, que hay varios: hay del tradicional, el de licitación y construcción, diseño y construcción; diseño construcción, operación y mantenimiento, es más, la ley está clara. Y cuando tú eliges este sistema de entrega, que también tiene bajo el brazo el tema del contrato, que es el que se va a elegir del bien. Puede ser la Ley de Contrataciones con el Estado, puede ser el FIDIC o el NEC, que son el caso de los contratos internacionales estandarizados. Ojo que en las anteriores mesas hemos hablado mucho de qué es mejor: FIDIC o NEC, pero siempre nos apartamos de la ley, de los contratos de la ley. Ojo, no son tan malos tampoco. Y también hay maneras en las que es mejor usar esos contratos que los otros.

Bien, y en este caso, bueno, si me preguntan... si quiero comentarles sobre mis experiencias sobre los tres tipos de contratos, yo con los de la Ley de Contrataciones con el Estado y con los FIDIC, sí he llegado hasta el arbitraje. Bueno, felizmente, hemos llegado y en el arbitraje nos han dado, en parte, la razón. No quiero ser prejuicioso ni ese tipo de cosas, pero yo recomiendo nunca llegar a un arbitraje. Creo que no es un buen negocio llegar hasta el arbitraje, pero, sin duda, cuando tienes que hacerlo porque tienes que prevalecer, lo haces para prevalecer tus derechos, tus derechos de justicia. Porque, miren, yo llegué a un arbitraje con la mismísima Contraloría General de la República, y, pues, nos metimos a hacer una obra, unas obras a la Contraloría y llegamos hasta un arbitraje. ¿Y el arbitraje saben por qué era? Era por el concepto de suma alzada. ¿Saben cuánto duraban las audiencias? Duraban 20 minutos, porque era tan evidente, tan fácil el tema de resolver para los árbitros que sabían que eran niñerías que nos habían hecho llegar hasta acá.

Pero ¿qué pasaba? Lo que pasa es que, en ese tiempo no era FIDIC, el ingeniero decía que ya tenía que llegar; que la única manera en que me dé la razón era por intermedio de un arbitraje. Entonces, y me hablaba de los argumentos que tienen del control, control concurrente. Bueno, en fin. Eso es algo que nosotros, como gremio, estamos comenzando algunas mesas de trabajo para la Contraloría, porque creemos que la ley de funciones que la Contraloría tiene hay que cambiarla porque uno de los enemigos #1 que tiene la obra pública es la Contraloría.

Bueno, pero y al NEC todavía no estamos llegando a eso. No quiero... estoy invicto al respecto y el NEC es para ver cómo solucionarte, para ellos son los eventos compensables. Es un contrato muy potente, es un contrato de gestión. Lógicamente tiene que tener entidades, tiene que tener las partes, tienen que ser partes potentes, tienen que ser partes con experiencia y conocimiento del caso.

Y ahí quiero agregar un tema, pero para no perder y terminar, para no perder la dimensión de un NEC, tenemos que estudiar el uso de las cláusulas Z.

Sí, en efecto, entonces, ya perdía la dimensión, la potencia del NEC porque esas cláusulas Z ya regresaban y le daban el riesgo que tenía que haber equilibrado, ya se volvía que todo fortalecía a la entidad.

En fin, pero el NEC, lo rico del NEC es que la estructura de los eventos para poder realizar, aprobar e implementar unos eventos compensables, es metódica. Te dice cuáles son las causales, te dice cuáles son los plazos y todo; y, sobre todo, en la gestión de esos riesgos; y, sobre todo, poder sentarse en una mesa y conversar, inclusive, y poner a los *dispute boards*, a los adjudicadores o *dispute boards* porque con eso también yo amo los *dispute boards*. Tengo mucho respeto porque los *dispute boards* son como una especie de psicólogos de la obra. Y ellos llegan y te leen la hora, te ven el partido, ellos te dirían a usted que esta parte, quién es la más conflictiva, quién es la otra. Ellos ayudan, se sientan en tu sillón y te dicen: «A ver, cuéntame tu historia. ¿Qué ves? Esto». Yo lo veo saludable en esa situación porque evita llegar al arbitraje y también te invita a tener una mejor industria, una industria más sana. Una industria que sea ganar-ganar.

Gracias.

Alberto Quintana: Bien, nos has compartido experiencias y precedentes importantes, y, bueno, has agregado ahora a un psicólogo más en la mesa de negociación, más allá como antecedente.

Y vamos a tratar este tema igualmente interesante y lo va a abordar Edison Matto Leiva. Él es ingeniero experto en resolución de disputas y gestión contractual en proyectos de infraestructura. Es máster en infraestructura ferroviaria por la Universidad Politécnica de Cataluña, con más de 25 años de experiencia en proyectos de ingeniería y construcción. Es miembro de la DRBF y adjudicador en *dispute boards* y juntas de resolución de disputas con amplia participación en arbitrajes, incluyendo casos ante CIADI. Ha gestionado proyectos APP, FIDIC, NEC y licitaciones en contrataciones del Estado con montos y disputas superiores a los 800 millones de soles, entre otros.

Edison va a tratar sobre el tema referido a las deficiencias de los expedientes técnicos y cómo esas deficiencias pueden llegar a escalar a disputas y arbitrajes.

Edison, por favor, te cedo el uso de la palabra.

Edison Matto Leiva: Gracias, tengo justo una lámina y me voy a parar para explicar.

En estricto, para entender este tema de las deficiencias, que es un tema de mucha discusión entre los clientes, contratistas y todos los que actúan, incluido Contraloría, los *state-owners*, los involucrados, la sociedad, porque, recordemos, los proyectos tienen una finalidad pública. Empiezan y tienen que terminar, y en el medio nos vamos a encontrar con estas deficiencias que diremos que es porque están mal los ingenieros. No necesariamente. Puede ser en algunos casos.

Entonces, esto es lo que dice el MEF acerca del ciclo del proyecto. Inicialmente, los proyectos surgen con un perfil y se van desarrollando. Entonces, ahí va de la mano un primer concepto. O sea, quiénes son las personas que deben hacer eso. Los clientes, sea una entidad pública o privada, porque esto también funciona para el sector privado. Las personas a cargo tienen que ser competentes.

¿Y qué es ser competente? ¿Alguien tiene una definición? Yo he encontrado una definición que creo que es razonable y, si alguien tiene otra percepción, que nos comente y la debatimos. Para mí ser competente es tener conocimientos y experiencia. Conocimientos y experiencia, y a eso le tenemos que agregar, como alguien dijo, habilidades blandas. ¿Por qué? Porque puedo tener conocimiento y experiencia, pero si no sé poner sobre la mesa eso y dialogar con mi contraparte o dialogar con los interesados, pues, no voy a tener éxito. Y empieza a escalar el conflicto, y, dicen: «como no lo puedo resolver, tengo que llamar a un estudio de abogados», y se empieza, a veces, esto a escalar alto.

Entonces, en esta primera parte, qué es lo que sucede. Sucede ya, nace el proyecto, nace la ingeniería conceptual, las alternativas, y en esas alternativas se tiene que tratar de ser lo más robusto posible.

Porque ¿qué va a pasar? Entonces, ¿qué pasa? Una vez que tengo el expediente de factibilidad, puede ser de acuerdo al *Delivery Existing Project* que el cliente salga a licitación, hacer una ingeniería en construcción, y de acuerdo a esta leyenda, una ingeniería en construcción puede ser mediante la Ley de Contrataciones del Estado, puede ser mediante un NEC, puede ser mediante un FIDIC o puede ser mediante un OCCI, ¿correcto? O puede ser el método tradicional que solo delegue a este número 1 buscar un contratista para que me haga mi ingeniería de inicio.

Entonces, qué pasa. Voy a hablar del primer caso cuando contratas un consultor para que te haga la ingeniería de inicio. Si este estudio de factibilidad ha sido poco robusto, este señor va a tener adicionales e identificar algunas deficiencias que son errores y omisiones que pueden ser falta de definiciones, falta de algún equipo que se han olvidado. Entonces, este señor es el primer filtro que identifica esas deficiencias, errores en los estudios.

Entonces, si este tiene un contrato independiente, pues, ahí hay una... la Asociación de Consultores ha dicho por qué la nueva ley no tiene JRD por los consultores. Por qué los consultores tenemos que seguir discutiendo con el cliente el estado, y yéndonos al mecanismo del arbitraje, en algunos casos, cuando hay ingenierías grandes. Porque ellos están diciendo: «yo también debería tener una JRD para mis contratos de construcción». Me parece razonable. Dependiendo de la magnitud, esto puede ser un *ad-hoc*, una JPRD *ad-hoc*.

Entonces, acá viene la primera tarea. Y si han seguido por este camino, la segunda tarea es licitar. Solucionan nuestras dos partes su problema y el cliente sale a licitar y aparece el contratista... aparece Dante. Aparece Dante ahí como postor y gana. Y Dante, pues, lo primero que va a hacer. ¿Qué es lo primero que va a hacer Dante? Va a agarrar el expediente técnico, de acuerdo a DD, contrataciones o cualquier modelo de contrato, va a revisar si este estudio es lo suficientemente coherente con el de tránsito que le van a exigir entrando. Además de las discusiones que ya le van a decir en las bases que «cínete a las bases». Lo cierto es que cuando hay un matrimonio como este, a pesar de que te dicen: «cínete a las bases» y esas preguntas que algunos contratistas dicen: «Oye, no. Yo voy a dar un paso al costado porque veo muchos riesgos». Otros que dicen: «No, yo voy porque sé que en este contrato voy a poder negociar y entrar en razonabilidad lo que sea justo». Entonces, unos van por mera justicia.

Yo he sido contratista muchos años y me ha tocado, en algún caso, ver muchos riesgos y he dicho: «Mejor doy un paso al costado», pero, en otros casos, a pesar de los riesgos, hemos ido a contratar.

Entonces ¿qué pasa? Dante, en el hipotético escenario, Dante, con su equipo técnico va a revisar el expediente técnico y va a encontrar, probablemente, una deficiencia. ¿Y qué es una deficiencia? ¿Qué cosa hemos dicho? Un error o una omisión. Puede encontrar un error de cálculo o puede encontrar una omisión de que faltó un equipamiento, faltó el cálculo de una estructura X, y así podemos tener muchos ejemplos.

Entonces, ¿qué va a hacer Dante? Pues, va a hacer, de manera colaborativa, como he dicho, porque estamos evolucionando todos en el Perú y en el mundo, a ser más colaborativos y cooperadores con nuestros *business*. ¿Por qué? Porque hay un objetivo al final, el fin que es lograr la finalidad pública. El ganar-ganar para todos: *win-win*. O sea, acá se trata de que tiene que ganar la entidad y tiene que ganar el contratista. Y para ganar no tengo que discutir, primero tengo que poner los problemas sobre la mesa.

Entonces, ¿qué va a pasar con esos problemas que indica el equipo de Dante, su residente, su *project manager*, sus especialistas? Le va a poner en la mesa al cliente que esto tienen que ver. ¿Qué va a hacer la entidad? Le va a trasladar al proyectista, y el proyectista va a defender su proyecto. Lo primero es que va a defender: «No, mis cálculos están bien. Mi expediente es completo. No es omisión porque no estaba a mi alcance la factibilidad». Y empiezan los problemas, pero lo cierto es que la infraestruc-

tura necesita ese equipamiento que está omitido, necesita corregir ese error y empieza la primera barrera. Algunos le llaman Poncio Pilatos, porque empiezan a lavarse las manos y a no contestar o a desaparecer.

Y, entonces, ¿qué tienen que hacer Dante y su equipo? Le traslada al cliente, el cliente le traslada al consultor, y el consultor, probablemente, le responde o no. Finalmente, quien tiene la responsabilidad de aclarar es el cliente. Así le haya contestado A o B este señor proyectista, y tiene que asumir, y para eso tiene que ser competente, porque es probable que este señor le conteste algo inadecuado, y él no va a hacer suyo algo inadecuado.

Entonces, tiene que asumir ese error y deficiencias. Entonces, eso le cuesta al funcionario público. ¿Por qué? Porque tiene atrás, pues, órganos de control. Tiene una OCI, tiene una Contraloría, y si ellos admiten que han estado y si han participado en el alcance de la ingeniería, es como clavarse una espada.

Entonces, empiezan también, a veces, a defenderse. A defender lo indefendible. Entonces, dicen: «Oye, como el mecanismo tiene una JPRD, tiene un *dispute board*, que lo decida un tercero». Antes de eso, era que se vaya a arbitraje. Claro, agotamos cada mecanismo hasta que se vaya a arbitraje. «Yo no lo digo, así lo sepa». Si lo dicen, viene Contraloría, viene Procuraduría y se van a otro lado.

Lo cierto es que la ingeniería es una ciencia de aproximación, pues, puede haber errores y se tienen que enmendar los errores. La ingeniería es una ciencia de aproximación, no puede ser 100 % perfecta. No existe contrato perfecto, no existe ingeniería perfecta. Siempre van a existir las modificaciones, los ajustes a nuestras ecuaciones para que ese proyecto llegue a su fin.

Entonces, en esa dimensión empiezan a escalar, como verán, en esta primera instancia ya empiezan a escalar los temas a otras instancias. En FIDIC, por lo menos, y en NEC, acá hay *dispute board ad-hoc* y se van a los *dispute boards*, y solucionan. Y si eres ejecutor, tienes un FIDIC rojo o tienes un contrato NEC o un OCCI que te dan diseño e ingeniería, pues ya tienes que empezar a poner a funcionar los historiales.

Y una técnica para esto es, justamente, al anterior panel de Jaime, de Campos y los demás amigos, les decía, les hablaba de la gestión de riesgos en los FIDIC y ahora me toca volver. La gestión de riesgos es una herramienta potente. Es una buena práctica. Si no está en el contrato, la puedes aplicar. Si lo dice, también, si no lo dice, también la puedes aplicar.

Entonces, partiendo de ese *risk management*, nosotros tenemos que ser capaces de identificar todos los problemas y ponerlos sobre la mesa; asignar responsabilidad. Es decir, tengo este riesgo, este es el responsable, esta es la causa, este es el efecto. Acá está su probabilidad de impacto respecto al costo, respecto al plazo, respecto a la ruta crítica, respecto a la calidad, respecto a los *stakeholders*, respecto al medioambiente, y así la lista puede ser interminable. Pero y de acuerdo a esa probabilidad de impacto, saco una lista de todos esos riesgos con una criticidad.

Evidentemente, los riesgos con categoría más alta son los primeros que tengo que atacar y tengo que establecer con mi cliente o con mi supervisor o con mi asistencia técnica, y les tengo que decir: «Oye, tengo esta lista de riesgos. Acá está la criticidad. Estos riesgos necesitamos resolverlos porque el impacto es en 45 días, la próxima semana tengo que tener un plan de acción para resolverlos».

Y estos otros que son leves, pues los miraremos... está a seis meses, los miraremos en su momento.

Entonces, ya surge la necesidad de criticidad, de ver cómo voy a empezar a conversar. Y esa gestión de riesgos, es una herramienta potente de lo que, justamente, hablamos, de la cooperación y

colaboración. Poner los riesgos sobre la mesa los identifica el contratista, el supervisor, o el cliente, o viene el *dispute board*, en su visita mensual y les dice: «¿Tienen relación de riesgos?». No tienen.

Por lo menos, yo, en mi junta de resolución de disputas, una vez actuó y se presentó «¿Tienen una relación de riesgos? No pasa nada». «¿Saben aplicar? No sabemos». No pasa nada. Haremos un taller y les explicamos una metodología de riesgos para que la apliquen porque no sabemos.

Los *dispute boards* estamos en la obligación de darles herramientas para que ellos puedan gestionar el riesgo. Les damos la charla, les explicamos y empieza la tarea para la siguiente reunión: «Traigan su material de riesgos».

La primera vez, los que no saben, te traen su mejor esfuerzo, no ha sido tan bueno, y, entonces, te toca en la siguiente reunión revisar si han puesto las acciones, si han visto ese problema de manera adecuada y ver que esas respuestas sean lo más exactas.

Si te toca educar, es un sacrificio, pero es un sacrificio bueno para lograr el *win-win* para las partes, porque tenemos que buscar una solución técnica a esos problemas, si son técnicos. Si son, evidentemente, legales, también buscaremos. Hay riesgos técnicos, administrativos, contractuales, legales.

Bueno, esa es la dinámica que sucede en cualquier tipo de proyecto, y, probablemente, no he puesto, una vez que termina antes de la hora, termina de acuerdo a su alcance, entrega. ¿Qué es lo que empieza? Viene la posinversión, viene la operación y mantenimiento. Y en la operación y mantenimiento el operador, sea público o sea privado, ¿qué va a decir? Probablemente, falle algo, y otra vez hay que investigar, hay que investigar al proyectista, al ejecutor y a la propia administración que ha hecho la operación y mantenimiento porque la operación y mantenimiento implica muchas acciones: mantenimiento preventivo, correctivo, y ahí sigue.

Entonces, nuevamente, acá pueden surgir los temas. O sea, creen que han terminado acá bien. Si algo pasa acá, se vuelve a abrir el libro y hay que revisar toda la trazabilidad y desde dónde viene el problema.

Entonces, como verán, el tema de las deficiencias, que son errores y omisiones en las diferentes fases de estudios, sea preinversión o inversión, son problemas que surgen, pero son problemas que se tienen que poner sobre la mesa e identificar con equipos potentes; y, si estos equipos potentes tienen la capacidad de categorizar esta tipificación de riesgos técnicos, administrativos, técnicos contractuales, ambientales, sociales, y todo lo que pueda haber, pues, lo ponen sobre la mesa y lo resuelven. Si llegan a un acuerdo entre las partes, en buena hora, y, si no llegan, pues escala el tema a la JRD o al *dispute board*. El *dispute board* tendrá también que tener capacidad y competencia para resolverlos.

Así es como escala, la escala de estos temas. Y esto aplica no solo en los estilos de ley de contratación, NEC, FIDIC y OCCI, sino esto también pasa en APPs porque en APPs, ¿cuál es el principio de una APP en un contrato con el Estado? Preferentemente, todos los riesgos deben ser asignados al concesionario. Preferentemente. Hay algunos que se quedan con el concedente, y tenemos lecciones aprendidas de esto bien claras. No tenemos un acceso en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, no tenemos en la línea 2 un acceso del ramal de la línea 4 al aeropuerto. Entonces, ¿qué está pasando? ¿Dónde está el error? Primero, en la factibilidad porque, conceptualmente, ni siquiera se han sentado solo en el proyecto y cuando el panorama es más amplio. Tengo que pensar holísticamente cuando veo un proyecto de envergadura de transporte porque el transporte no solo conecta personas; transporte logístico. Entonces, tengo que ver la conectividad con puertos, aeropuertos, con el transporte urbano y los múltiples modos de transporte porque, lamentablemente, estamos en esta fase, yo creo, en algunos casos, están saliendo bien los proyectos, y en algunos casos, están haciendo mal. ¿Por qué? Porque, justamente, está faltando competencias.

¿Y esas competencias cómo se pueden remediar? Así, contratas a un experto o contratarás una asistencia técnica; si adoleces de conocimiento en algo, te asesoras y la clave es, mientras más robusto sea acá, la incertidumbre de que tengas menos errores y deficiencias en el camino será menor. Si puedes corregir acá, en buena hora. Si puedes corregir acá, en buena hora, porque la curva es ascendente. Mientras la vida del proyecto empieza y puedes corregir todo, vas a tener menos conflictos a futuro.

Y, entonces, las deficiencias, para concluir, existente, ¿pero son mitigables? Sí, no hay que tenerles miedo a las deficiencias. Las deficiencias, como Dante muy bien las afronta, de manera alegre ha contado porque ya sabe en su ADN que tiene que buscar e identificar esa deficiencia, ese error, y lo justo es que, si le corresponde, pues, tengan que ser recompensados.

Entonces, el privado o el inversionista, el contratista tiene que recibir la compensación económica de esa deficiencia, siempre y cuando se haya acreditado que no ha sido su responsabilidad, y, de esa manera, al contratista lo vas a tener enganchado, va a cumplir todas las metas, vas a lograr el fin, vas a lograr la finalidad pública. Pero, lamentablemente, tenemos casuística en las cuales no se ha logrado esto y nos hemos detenido en los arbitrajes, y tenemos obras paralizadas, que volverlas a iniciar es supercomplejo.

Entonces, tenemos que ser capaces siempre de identificar, yo digo, en mi opinión, siempre, si son técnicos los temas, primero la solución. Paso dos, veremos la parte legal contractual, pero si metemos en una reunión, y me ha pasado con el sector privado mucho, que queremos ver juntos, que los abogados nos queremos ver juntos en las reuniones, y, a veces, los abogados quieren entender la parte técnica y nosotros queremos entender la parte legal o contractual, pero junta, y nos enredamos en la primera fase y no logramos, a veces, nada. Entonces, no funciona. A veces, funciona, en algunos casos. No funciona, pero, usualmente, no funciona.

Entonces, qué es lo que veremos primero, los técnicos. Si el tema es técnico, primero los técnicos que se encierran y encuentren las alternativas de soluciones de cómo van a corregir estas deficiencias y errores.

Y una vez que encuentren la solución técnica, paso dos, abrimos la puerta: adelante, a los abogados, a los contractuales, cómo encaja esta solución en el contrato. ¿Cómo encajamos? Y vemos solución. Si no hay solución, tenemos que seguir escalando los temas a las JRD.

Con eso he concluido, estoy en tiempo, pero esa es mi visión y esto funciona no solo en Perú, esto funciona en el sector privado y a nivel mundial.

Alberto Quintana: Gracias, Edison. Muy interesante y valiosa tu experiencia y todo lo que nos has compartido. Y, bueno, si no hay solución, pues, bienvenido siempre al arbitraje y estaremos gustosos.

Bueno, vamos a continuar con la exposición de Glenn Cameron, que es ingeniero civil graduado en la Universidad de Carolina del Norte, Estados Unidos. Tiene un MBA en la American State University. En 1999 fue socio fundador de PMI Capítulo Lima. Tiene nada menos que 35 años de experiencia en proyectos de construcción pesada, contratistas eco en embajadas, hoteles, villas comerciales, deportivas, proyectos mineros y petroleros, varios de estos certificados presencialmente en siete países.

Es miembro de la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF) desde el año 2018, y se ha desenvuelto como ingeniero proyectista, contratista, gerente de proyectos, cliente con el gobierno de Estados Unidos y el gobierno peruano y más recientemente con el DAB con el paquete de los Colegios Bicentenarios.

Bien, nos va a compartir sus experiencias en relación al tema vinculado a ampliaciones de plazo en proyectos de construcción.

Glenn Cameron: Aparte de eso, la sangre andina.

Bueno, lo primero, primero. Acá quiero expresar mi admiración y agradecimiento a Karina, por lo que ya todos sabemos de ese poder de convocatoria que tiene, pero aparte de eso, qué energía, qué tal energía.

Hemos comenzado con el cortado de la tierra el viernes, creo, o el sábado.

Comienzo con cuándo me convertí en DAB, uno de mis proyectos que tuve fue los Panamericanos, ahí es donde entré en contacto con los DABs. De ahí me metí a la Católica en este curso de *dispute boards*, muy inocentemente pensé que era DAB, una sola A.

Bueno, pasaron creo un par de años y ya se le incluía la segunda A, *avoidance*. ¿*Avoidance* qué quiere decir?

Lo interesante es lo que quiero hablar ahora a ustedes es el tema de la prevención, porque esto aumenta la responsabilidad que tenemos nosotros como DABs. O sea, con una sola A, que es adjudicación, y es cuestión, pues, que, obviamente, leer el contrato si hay de esos que tenemos en los *dispute boards* y hacerlos realidad. Pero ya con prevención, es otra nota. Es una nota donde recalco lo que acá, lo que Dante les ha dicho, que hay que tener conocimiento.

Yo pregunto aquí, por ejemplo, cuántos de nosotros estamos, somos PMP, o sea, como el PMI, hay el Project Management Professional, un certificado que dan. ¡Ah!, ahí veo una persona, dos.

¿Por qué hago esa pregunta? Porque en el PMI, y por eso le pedí a Alberto que mencione que yo fui socio fundador hace más de 25 años en el Capítulo Perú, ahora ya somos en el Perú como 3,500 certificados, muchos de ellos en la minería.

¿Qué es lo que pasa? Y eso yo lo vi cuando estaba con los Juegos Panamericanos. Tienes el lado de los abogados y el lado de los ingenieros. ¿Quién se encarga de la gestión de proyectos? Generalmente, son los abogados. Yo me acuerdo ahí de que la abogada principal, no voy a decir nombre, decía: «Glenn, tú que eres técnico, ven. Necesito que me ayudes en esta parte técnica».

Bueno, ¿qué salió a flote? Que la gestión de proyectos es esa área gris que nos estamos como acomodando, tanto ingenieros, contratistas como abogados.

Bueno, para esa área gris que es muy importante en la gestión de proyectos está lo que debemos nosotros enfocar, y para eso, es ese tema del conocimiento que son tres cosas: uno es la experiencia que uno tiene a lo largo de la vida profesional. Eso te da ese conocimiento en las catorce áreas de gestión, como lo tiene identificado es el PMI. Lo otro es el *expertise* sobre el tipo de proyecto que uno lleva. Si es hospitales, hospitales. Si es ferroviaria, ferroviaria, porque cada tipo de proyecto tiene sus propias peculiaridades.

Bueno, el tema es que, y yo me estoy enfocando en el tema del tiempo, la ampliación de plazos.

Mi primer trabajo fue como ingeniero de cronogramas en Estados Unidos. Era un ingeniero *junior* recién salido de la universidad y estaba a cargo de hacer cronogramas para todos los proyectos. Y es lo que pasa acá.

Dante habló del tema del expediente técnico, en parte yo voy a hablar un poco del tema de la procura.

Generalmente, qué se pide en la procura. Se pide el plan de gestión de proyectos.

Lo que es interesante que ese tema de gestión de proyectos es un *copy & paste*, que lo hace un ingeniero *junior*, y eso es lo que llega, y, a veces, dicta que no es la gestión de proyectos de ese proyecto. El gerente de proyectos que parece que ni lo lee. Esa es la realidad. Ya no es el plan de gestión de proyectos, se hace el cronograma para cumplir.

Entonces, nosotros DABs o JRDs que entramos una vez que ya se adjudicó ese contrato, ese contratista, ya pasó un proceso de selección, ¿cómo podemos prevenir deficiencias en ese plan de gestión.

Y ahí viene, pues, el tema de, justamente, tener esa experiencia mediante preguntas de poder guiarlos y tratar de prevenir ampliaciones de plazo.

Lo primero que yo creo que se debe hacer es conocer lo que es un cronograma y poder analizarlo en un alto nivel. O sea, no vas a entrar porque tampoco es que tengamos tanto tiempo, pero sí identificar esos cuellos de botella; y, sobre todo, poder identificar, cuestionar, porque eso es lo que hacemos nosotros como DABs, mirar los alcances de cada hito, de tal manera que cuando se diga que acá hay hito uno pueda preguntar por qué no se ha llegado, y ese tipo de cosas.

Yo digo la especialidad de conocer cada tipo de proyecto porque de esa manera uno también sabe cuáles son los famosos *Long-Deal-items*, esas actividades que toman más tiempo, ya sea ascensores, bueno, cada proyecto tiene su propia lista de *long deals*.

Bueno, y para no hacerlo largo, porque veo que ya nos hemos pasado un poco de la hora, es concentrarnos en ese conocimiento de la relación.

Se hablaba acá de plan de riesgos, acá estoy hablando yo de la gestión de tiempo, todo está ya integrado. Ya el Dispute Resolution Board Foundation lleva 25 años, otros 50 años de fundado. El PMI también. Todo esto comenzó, por si acaso, cuando comenzó el celular, esos grandes; ciertas personas le llaman ladrillo, yo le llamo *zapatófono*. Pero, por eso es que de ahí comenzaron todos estos proyectos del PMI, del Dispute Resolution Board Foundation y van evolucionando.

Entonces, y hemos hablado acá varios *speakers* de que esto se está integrando. Entonces, enfoquémonos en eso. Enfoquémonos en que tenemos que entender bien lo que es la gestión de proyectos en toda su dimensión.

Eso sería todo.

Alberto Quintana: Bueno, me voy a limitar a dar cierre a esta mesa, a recordar, simplemente, lo que les están diciendo, citando a Óscar, «el riesgo en ese vicio es como una oportunidad». Y, en esa línea, me voy a permitir también citar a mis amigos, con la finalidad de compartir lo que él ya nos enseña, él nos dice: «Podemos concluir, que, tratándose de los modelos NEC, es interesante la solución que ofrece, ya que va más allá de la simple asignación de riesgos que se realiza en los modelos FIDIC, toda vez que lo gestiona, además, de manera proactiva y dinámica».

Y esto es una regla que a mí me place mucho leer y compartir.

«Es así como hemos constatado que los modelos NEC se encuentran sobre la premisa de que una parte importante de la gestión de riesgos es la comunicación efectiva entre las partes, para lo cual han establecido, entre otras cosas, cláusulas referentes a registro de prevención de riesgos, alerta temprana, así como reuniones que tengan como objeto la reducción de los riesgos».

Se trata, pues, de una permanente comunicación entre las partes, sea en el momento que fuese, en este caso, un NEC, para, realmente, conseguir que los proyectos concluyan. Y es un poco parte de lo que hemos escuchado de nuestros amigos ingenieros hoy, que con total relieve y dedicación nos han expuesto.

Si hay alguna pregunta de ustedes, muy atentos ahí, y me resta decir, muchas gracias.

Persona del público: Justo, a propósito de lo último que decías, y lo han dicho también Dante y Edison, este es un proceso, digamos, colaborativo. Ricardo también ayer hablaba de esa nueva óptica en la nueva Ley de Contrataciones Públicas. Pero, una cosa es lo que dice el papel y otra cosa es lo que ocurre con los servidores públicos. ¿Ustedes creen que esa actitud va a cambiar por el solo manejo de la ley? Ahí hay otras cosas que hacer, mucho más radicales, creo. Entre reír o llorar...

Dante Mendoza: Sí, mira, es que es un tema cultural, es la idiosincrasia que tenemos los peruanos, en las desconfianzas. Desconfiamos del otro, desde que te levantas, desconfías del otro. Entonces, va por ahí el asunto. Pero, hay que ser optimistas, poco a poco, esto está cambiando. Es importante la labor de la academia. Estos eventos, este tipo de eventos, esos tópicos deben ser tratados, inclusive, dentro del pregrado. Va por ahí creo mi respuesta.

Persona del público: Sí, solo agregar algo rápido. Lo que pasa en el Estado, por lo menos, no se escriben las lecciones aprendidas. Si tuviéramos las lecciones aprendidas escritas, les daría fortaleza a los funcionarios para decir: «Oye, acá ya se cometió este error y no vamos a volverlo a cometer».

Yo, cuando fui funcionario de INAPEC escribí lecciones aprendidas, y el director, algún directivo, no tengo que decir nombre, evidentemente, dijeron que «No». Y les dije: «Vamos a escribir con cuidado sin necesidad de lastimar a nadie ni poner el dedo ponzoñoso a nadie».

Pero, bueno, tuve la iniciativa, fui en el intento, y ahora ya escribo algunos artículos de lecciones aprendidas para que sirva de algo.

Glenn Cameron: Sí, solamente para añadir. Ese tema de la desconfianza que tienen que haberlo escuchado en otra ponencia, es un tema serio acá en nuestra cultura, y yo lo que propongo ahí y propongo acá a todos es el tema de *partnering* del que nos habló Óscar, que es una herramienta para poder fomentar y crear confianza. Básico. Hay que tener esa confianza mínima para que un proyecto sea exitoso.

Persona del público (Brasil): Me gustaría, tal vez, decir una cosita más, en razón a mi experiencia acá en Perú, de los cuatro años que estoy acá, la desconfianza mutua que cada uno está por su lado: La respuesta es terrible y me parece que está faltando algo.

Yo quería pedir a los juristas que están acá, abogados, me parece que a la ley falta cualquier cosa, la ley no está completada. No se dice cómo se aplica y cómo está reglamentada. Esa información a nivel internacional, no hay ninguna ley que sea puesta en público sin ser reglamentada.

Esta es la única que conozco. Me parece que esa es una laguna y, tal vez, se podría mitigar un poco esa desconfianza el saber exactamente en qué aguas estamos navegando.

Ustedes lo deben saber, los juristas que están acá, abogados, si es verdad o no. Sucede esa misma dificultad cuando lo he leído, me pareció que falta cualquier cosa.

Alberto Quintana: Sí, es un buen punto, y como abogado sí respondemos también, sin llegar al respecto de esa misma línea, es que, a veces, las normas salen de manera muy apresurada, los reglamentos aún más. Las leyes entran en vigencia cuando todavía hay muchas cosas que crear aún en inducción, y la verdad que eso es lo que genera muy complicada ejecución en esa línea.

Bueno, creo que, por ahora, debemos concluir y les agradezco mucho y nos despedimos.

Gracias.

Karina Zambrano Blanco: Me encantó la exposición del panel, de muy alto nivel técnico, y he anotado algunos temas que dijeron en el grupo. El tema de las controversias es por la actitud que tienen las personas, que dijo Dante.

Claro, cuando una persona que tiene la capacidad de resolver los conflictos, resiliencia, no hay conflictos. Entonces, yo creo que tenemos que trabajar ahí.

Otra cosa dijo: «el antídoto para no ir al arbitraje ya existe: son las DABs y las JRD».

«Manejo de gestión de riesgos, Estado cabecero, no sé si reír o llorar cuando tengo una obra». Eso es fuerte, eso demuestra la gravedad de la construcción que tenemos aquí en el país y todo Latam.

También dijo que debe tener en cuenta la capacidad de la entidad y que los *dispute boards* ya tienen psicólogos. Y es cierto, o sea, qué punto dice. Los *dispute boards*, realmente, son psicólogos, son personas que pueden observar. Ellos ya tienen claro. Viene un psicólogo, y uno se queja de su mamá, y dice: «¡Ah, esta chica no tiene codependencia!».

Claro, cuando uno viene y te viene por un adicional, claro, estos no han previsto el diseño. Entonces, tienes razón porque tenemos esa visión más allá, y muchas gracias.

El aporte de Edison también es valioso por el tema de prevenir la gestión de diseño.

El aporte de Glenn, sobre todo, me encantó la imagen que pusiste. Está cerca a nuestra casa en Barranco que nunca se terminó esa obra por la falta de gestión; y, sobre todo, que Glenn ve algunas opciones tenemos aquí, haciendo un proyecto importantísimo, y es un ingeniero recorrido en temas de ingeniería en el mundo, por no decir otra cosa.

Y, bueno, y la conducción de Alberto ha sido brillante porque, además, Alberto, pues, es árbitro y su práctica principal es en temas de construcción. Alberto tiene esa capacidad también de ver, realmente, dónde se origina el problema y dar una buena solución; y, sobre todo, su práctica es limpia y transparente.

Muchas gracias y me siento muy honrada de haberlos elegido como panel.

PANEL XI. LA MATRIZ DE SEGUIMIENTO DE RIESGOS, LA RUTA CRÍTICA ¿CÓMO PREVENIR CONTROVERSIAS MEDIANTE LA JRD Y DABs?

Fabiola García (moderadora)

Pablo Fanelli

Nelly Tincopa

Stephanie Uribe

Billy Trejo

Karina Zambrano Blanco: Para presentar este panel peruano, muy peruano: reconstrucción con cambios, ANIN, colegios y hospitales. No saben el *boom* de construcción que tenemos en el Perú y hemos invitado a gestoras contractuales, abogadas que gestionan contratos, y a ingenieros con harta experiencia en la gestión de contratos y DABs que resuelven las controversias, y este panel, otro panel de lujo.

Y para eso hemos invitado a Pablo Laorden para que haga una presentación brillante de nuestra Fabiola acá.

Bienvenido, Pablo.

Pablo Laorden: Buen día a todos. Es un placer poder presentar a Fabiola. Este panel «La matriz de seguimiento de riesgos, ruta crítica ¿cómo prevenir controversias mediante las JRD?», les diría más que me parece muy interesante que los congresos discutan y hablen de estas cosas, aunque hay abogados en la sala y aquí hay que hablar de obra.

Les presento a Fabiola. Fabiola es abogada, Magíster en Administración de la Construcción de la Facultad de Ingeniería de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Mediadora Civil y Mercantil de la Escuela Española de Mediación y Resolución de Conflictos de Madrid. Consejera del Centro de Arbitraje y Mediación del CAM Santiago, de la Cámara de Comercio de Santiago. Vicepresidenta de la Sociedad Chilena de Derecho de la Construcción. Ha sido presidenta y actualmente ejerce como *Past President* del Comité de Contratistas Generales en la Cámara Chilena de la Construcción. Actualmente es socia en WAAK Abogados, firma especialista en la gestión contractual y resolución de controversias en materia de construcción.

Se ha especializado en gestión contractual, resolución de controversias en construcción y minería. Con más de 20 años de experiencia en materia contractual, manejo de riesgos, cuenta con amplios conocimientos técnicos y legales, que avalan su trayectoria especializada e integral. Sus conocimientos le han permitido asesorar en megaproyectos, mediaciones, en *claims*, mediaciones, negociaciones y arbitrajes, como también, en materia civil y comercial. Cuenta con, además, entrenamiento especializado como *dispute board* y miembro de la DRBF.

Eres perfecta para presidir el panel.

Fabiola García: Muchas gracias.

Realmente, la verdad es que hemos disfrutado en esta jornada. Hemos hablado de varios temas que también, de alguna manera, se relacionan con este panel, así es que, muchas gracias. Muy buena la fiesta del día de ayer.

Bueno, yo quiero comenzar este panel con unas breves palabras. No quiero alargarme mucho tampoco porque sé que estamos con el tiempo corto, como en los proyectos, por supuesto, ya tengo un impacto en el plazo, así que vamos a tratar de hacer un programa que salga bien.

Bueno, yo quiero partir con una reflexión inicial que la extraigo de la clase de un profesor que es muy querido, del Magíster en el cual estuve en la Universidad Católica de Chile hace varios años ya.

Una reflexión que me llama mucho la atención, que es: «El riesgo crea oportunidad, la oportunidad crea valor y, por último, el valor crea riqueza para la organización. Cómo optimizar la Gestión de Riesgos para obtener ese valor se ha convertido en una clave estratégica para el éxito».

Ya lo señalaban los panelistas anteriores y otros, buscar también la oportunidad. Esto nos invita al trabajo en equipo.

Paramos aquí las visitas intervinientes, mandantes contratistas... mandantes les decimos en nuestro país, o el dueño, la entidad, como le dicen ustedes, pero también tenemos muchos más intervinientes en nuestro proyecto. Tenemos que ver una mirada 360, la cadena de valor, los contratos, los suministros, los *stakeholders*, los subcontratistas, todos aquellos, los *vendors*, son personas clave en nuestro proyecto.

Cuando hagamos la autocrítica, por ejemplo, de lo que han hablado, vemos que, si existe un atraso, por ejemplo, en la entrega de suministros críticos, nos va a afectar a la obra, y, de esa manera, la invitación es a la gestión, pero a la gestión de riesgos, a la gestión de proyectos y al trabajo en equipo, a dejar de trabajar en silos, que, muchas veces, tiene que ver con los mismos profesionales, a ser más colaborativos entre nosotros mismos. No ante los DABs, los arbitrajes, sino que como, desde el proyecto mismo, y teniendo el proyecto como punto focal, podemos.

No puedo dejar partir este panel sin decir un concepto de riesgo como el PMBOK nos señala un concepto, hay muchos de ellos; yo rescaté este: «el riesgo de un proyecto es un evento o condición incierta que, si ocurre, tiene un efecto positivo o negativo en, al menos, un objetivo del proyecto sea este de tiempo, costo, alcance o calidad».

Y, por lo tanto, también esta gestión de riesgo del proyecto también nos invita a mirar las distintas causas. Esta mirada a 360 tiene que ver con múltiples causas. Muchas veces yo muestro una foto que yo no lo voy a hacer ahora, pero fotos en invasiones, paralizaciones, huelgas, les suena de bastante gravedad, por ejemplo, sobre ingeniería, ya el panel anterior lo decía, y cuántas otras más que puede que ustedes puedan dar ejemplos, quizás.

Entonces, miramos las causas, y decimos aquí hay un evento riesgoso, y puede ser múltiple, puede estar en el contrato. Muchas veces tenemos un contrato que sea NEC, que sea FIDIC, por favor, no, las cláusulas prerrogativas, ya, pues, pero hay que gestionarlo. Qué saco yo con tener un contrato que, a veces, va a ser leonino, pero tengo el equipo tan bueno, con tan buena gestión que todo se soluciona oportunamente.

Entonces, díganme si no es clave la persona, como ya lo señalaron antes, creo que Dante lo mencionó, y, por lo tanto, mirar los impactos que son de distinta índole: son técnicos y contractuales, son comerciales. Yo tengo mi oferta, a esto vine. Este es mi alcance. Vine a hacer un avión, no un submarino, bueno, hay algo ahí que tengo que saber negociar. El poder de negociar, el saber conversar, el saber dialogar. Mucho de eso se extrae también de la mediación.

Y con esta lámina termino. Bueno, gestión adecuada. Yo quiero dejarlos con ese mensaje de que la gestión la hacemos todos nosotros de los distintos roles que tenemos. Cuando hablamos de riesgo, me gusta mucho esto que ya algo lo mencionó en el panel anterior, el revisar con todos los intervinientes, con todas las áreas técnicas, comerciales, maquinarias, suministros, logísticas, que todos miren y digan los riesgos que hay en el contrato, que se lean el contrato. Hoy en día nadie lee nada. Básico: leer el contrato. Qué es lo que vine a hacer. Cuál es mi alcance, ahora no te lo dice nadie. Bueno, cuál es, qué es lo que vine a construir. Yo vengo en nombre de la construcción y de la minería y ahí tienen que estar muy atentos a las precisiones de los adicionales.

Bueno, intervención temprana. Ojalá puedan contar con expertos que van a intervenir tempranamente utilizando herramientas, como también talleres colaborativos al interior de la organización que nos permita mostrar, mirar con anticipación. Ese es el verbo: anticiparse. Eso es lo relevante: la oportunidad, si yo ya tengo, si llego tarde, ya tengo un *claim* enorme, costoso. Cuando es chiquitito es más fácil resolverlo, es más fácil negociar; y, por lo tanto, las personas, como elemento clave en la gestión de los riesgos y la administración de proyectos. Son las personas involucradas en el proceso

las que deben gestionar y participar colaborativamente a través de las competencias adecuadas. Y no hablamos de competencias.

Bueno, con estas palabras, inicio este panel, así que, muchas gracias, y voy a presentar ahora a mi siguiente integrante.

Voy a leer inmediatamente, lo voy presentando. Hemos puesto la presentación antes.

Voy a presentar ahora a Luis Miguel Hernández, que es ingeniero civil de la Universidad Nacional de Ingeniería; árbitro-adjudicador de JRD y DABs y perito en la solución de controversias. Tiene más de 39 años de experiencia en la gestión de contratos en el sector público y privado en consultoría, supervisión y ejecución de obras en el ámbito de normatividad nacional, contratos FIDIC y NEC.

Actualmente, participa como presidente y miembro en paneles de JRD y DABs, y ha sido presidente del Centro de Arbitraje y Resolución de Disputas del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú en el período 2022-2024.

Bienvenido, Luis Miguel y muchas gracias por estar con nosotros.

Luis Miguel Hernández: Muchas gracias y un saludo especial a Karina y a la Asociación Zambrano por permitirme hablar algunos aspectos relacionados con la matriz de riesgos y también poder compartir con este distinguido panel diversos puntos de vista.

¿Qué es la matriz de seguimiento del riesgo? Me parece que la mayoría que está en el ámbito local lo tiene claramente establecido, sin embargo, se tiene también certeza de que no se implementa adecuadamente. ¿Por qué razón? No es por desconocimiento, necesariamente, sino por los intereses, porque existe una estrategia en la ejecución contractual de oportunismo. Es decir, el contratista presenta una alerta de un problema y se queda callado hasta que suceda. Entonces, eso no avala, o mejor dicho, no propicia la prevención y que se cumplan los objetivos del proyecto.

Entonces, la herramienta de gestión recíproca de riesgos que vendría a ser esta matriz, no debemos confundirla con la gestión de riesgos que hace cada parte. Cada parte tiene su propia metodología avanzada, etc., en la gestión de riesgos. Acá de lo que se trata es de una gestión de riesgos recíproca.

Entonces, esta es una herramienta sencilla, eficaz, que coadyuva al cumplimiento de los objetivos, y, esencialmente, a la prevención.

Entonces, la pregunta es ¿si es que esto tiene tantas bondades, por qué no está abiertamente impreso en el reglamento, en el proyecto de implementación de la JRD. O sea, esa es la pregunta porque me parece que no hay un conocimiento del legislador con respecto a este tema.

Entonces, esta herramienta, realmente, significa un trabajo operativo de las partes en la legislación nacional con el liderazgo de la supervisión. En NEC4 solamente las partes, y en esta herramienta no se buscan responsables del problema, del riesgo. Los riesgos ya están asignados en el contrato; sin embargo, hay que solucionarlos durante la ejecución de la obra, y no, necesariamente, va a ser el responsable contractual el que lo gestione mejor.

Un ejemplo cualquiera: la carretera, hay un problema de liberación de terreno en la progresiva 2+400. Ese es un riesgo, obviamente, de la entidad; sin embargo, utilizando esta herramienta se le puede dar al contratista, a un miembro del contratista la responsabilidad de gestionar, de ubicar al concesionario, de llegar a acuerdos preliminares para que después sea el contratante, a través de sus sustituciones o como de *part risk*, por ejemplo, puedan llegar a acuerdos y liberar esa particularidad.

Entonces, se dan cuenta de eso: gestión recíproca que no busca responsables. ¿El objetivo cuál es? Mitigar, mitigar todos los riesgos en el menor tiempo posible.

Debemos tener en cuenta que, en la contratación pública peruana, cada año se suscriben 5,000 contratos, y esta herramienta no es solamente para la JRD o para la JPRD, debería ser para todos.

Esta herramienta está publicada en centros de arbitraje y resolución de disputas, Colegio de Ingenieros. También la tienen otros centros, pero lo que yo no comprendo es por qué la normativa no ha tenido una visión al respecto. Sin embargo, hay algunos avances que los vamos a ir visualizando.

Como pueden ver, yo lo voy a ver acá en el celular. Es importante, he puesto los títulos, capítulos y todo para que se vea que las normas, a veces, son inconexas. A veces dicen una cosa y señalan otra. Entonces, en el artículo 105, por ejemplo, desarrollo de ejecución contractual y régimen de notificaciones, se indica, en el 105.5 «La entidad gestiona la colaboración con el contratista y la supervisión para evaluar posibles riesgos en la ejecución». Algo nos dice, pero son pinceladas.

En las actuaciones preparatorias, capítulo I del título V, en el artículo 156, «La gestión de riesgos en obras y consultorías de obras, indica en su numeral 156.3, que es aplicable para obras mayores a 50 millones de soles. ¿Qué hacemos con los otros 5,000 contratos? O sea, no podemos manejarlo, si es algo tan simple, tan sencillo.

Y en el numeral 156, el 3, se indica que el comité, o sea, para esas obras de 50 millones de soles se forma un comité y este supervisa y revisa el proceso de gestión de riesgos, durante las tres fases del proceso de contratación. Debo entender, pues, actuaciones preparatorias, selección y ejecución. Se dan cuenta de que no hay claridad.

Ahora bien, ¿cuáles son sus funciones? Aprueba los nuevos riesgos u oportunidades. Establece el plan de respuestas. Revisa y analiza el seguimiento de las alertas tempranas y demás acciones para gestión de riesgos. ¿Desde qué punto de vista lo está haciendo? ¿Lo está haciendo desde el punto de vista del contratante? ¿Solamente puede revisar y aprobar los nuevos riesgos? No es lógico que cada parte incluya los riesgos que considere que son pertinentes para cumplir los objetivos del proyecto, etc., etc.

Y en la matriz de riesgos, en lo que es definición en el reglamento, se indica que es un documento que establece los roles y responsabilidades de los involucrados en un proceso de contratación. Incluye un calendario de actividades, gestión de riesgos, matrices, o sea, los nombra, en general, pero la norma ha desarrollado más todo lo que es gestión de riesgos en las actuaciones preparatorias, mas no en la ejecución contractual, que es donde, realmente, debería estar, y que esto no requiere de mayor capacitación. Siempre es bueno capacitar, pero no es algo que sea súper especial y que puede ser materia de cumplimiento obligatorio de los operadores.

Con respecto al proyecto de directiva, podemos señalar que, bueno, para los que no son nacionales, hay un proyecto de directiva para la junta de prevención y resolución de disputas, en el cual, las visitas a obra y reuniones, en la 9.8, se indica que la JPRD convoca a una reunión informativa con respecto a la prevención de conflictos, expediente técnico, revisa y verifica la matriz de riesgos ajustada a la realidad del proyecto. ¿Qué cosa está indicando? Que, sencillamente, los riesgos señalados en el expediente técnico no son los mismos que se van a presentar durante la ejecución.

Y en el numeral 9.9, visitas periódicas a la obra, indica que el supervisor va a liderar la actualización de la matriz de riesgos, incluyendo las alertas tempranas.

En el numeral 9.11, en el desarrollo de la función preventiva, la JPRD utiliza la matriz de riesgo como herramienta clave de prevención, asegurando su actualización y ajuste con tiempo.

Es mucho más importante que esta herramienta la utilicen las partes en una gestión de riesgos recíproca porque la JPRD solamente va a actuar en sus visitas.

Rápidamente, vamos a dar un modelo de matriz de seguimiento de riesgos, donde se ve en las alertas, el riesgo, el efecto, el tiempo de afectación a la ruta crítica, y si, solamente, nos detenemos en esta imagen, si es que no se asignan responsables de la mitigación del riesgo, simplemente, va a ser un conjunto de alertas.

Ahí, en esa lámina se puede ver que, si, solamente, se queda en esas columnas, no va a haber mitigación de riesgos. Entonces, la gestión de riesgo recíproca se va a ver si es que le incrementamos la siguiente columna. Ahí señalamos responsables para cada mitigación con nombre y acciones y fechas para mitigar el riesgo. Se dan cuenta de que ya no se deja, solamente, anoté el inicio de la causal y después me hago el dormido. Ahí se hace la gestión efectiva de la gestión recíproca.

Y, solamente, coincidir con los contratos NEC4, que también señalan la gestión recíproca de riesgos. Cómo es que un contrato especializado se puede conjugar también con una experiencia nacional positiva.

Muchas gracias.

Fabiola García: Sí, es muy interesante, sobre todo, en relación a la gestión recíproca para mitigar y también buscar que se puedan analizar los riesgos sin buscar culpables. Como también los puntos de vista, es decir, los riesgos, desde el contratista, desde los dueños, probablemente, quizá yo diría desde el proyecto.

Bueno, quiero presentar ahora, invito a Stephanie Uribe, quien nos va a presentar alertas tempranas ¿curas o placebo para la gestión de riesgos de contratos estandarizados?

Ella es abogada por la Universidad Federico Villarreal, con estudios de postgrado en derecho civil, administrativo, arbitraje, contrataciones del Estado, derecho de la construcción, infraestructura, adjudicadora, miembro ALdeCO y de la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF). Se ha especializado en gestión contractual y resolución de controversias en proyectos de gran envergadura.

Bienvenida, Stephanie, te escuchamos.

Stephanie Uribe: Primero, muy buenas tardes con todos. El día de hoy me voy a permitir en esta mañana que he escuchado bastante emoción por el uso de contratos colaborativos, y, de hecho, yo soy una convencida de que los contratos colaborativos impulsan y seguirán impulsando mucho el crecimiento de la infraestructura en el país, pero también me voy a permitir ver el día de hoy cómo están funcionando esas herramientas que tanto se están promoviendo, pero que considero que también hay oportunidades de mejora.

Para poder entrar a materia, lanzo una pregunta para poder ver si es que, realmente, hoy por hoy, estamos en el auge del uso de los contratos colaborativos.

Tenemos que, al menos, legislativamente, la herramienta se ha venido dando desde los Panamericanos, luego el uso de FIDIC, que sí se ha tenido un buen tiempo, pero, por ejemplo, en el caso de los NEC, esto ha venido, al menos, evolucionando. Bueno, en ese caso, después del RCC, con la Ley de Creación del ANIN, que permitía mediante un artículo, el uso de los contratos estandarizados. El Decreto Supremo n.º 096, que permitía también la contratación de asistencia técnica, y luego, bueno, en este caso, la reciente Ley de Contrataciones que permite y brinda a que, en otros niveles de gobierno, también se pueda utilizar estos contratos estandarizados. Y, finalmente, el Decreto Supremo que es el reglamento que recién introduce por primera vez el término «alerta temprana» dentro de la normativa nacional.

Bien, entonces, para poder entrar al término de la vinculación de los principios del contrato NEC con las alertas tempranas. Como bien han dicho, el tema del *risk management*, ya manejaba el término «alertas tempranas», y es conocida como una de las herramientas que se le promulga o se le pone en corona a los contratos NEC, tanto en los NEC3 como en los NEC4, que son los que se vienen utilizando en los recientes proyectos.

Entonces, dentro de esta definición de «alerta temprana», tenemos como definición común que es aquel requerimiento contractual, porque el caso de los NEC sí es un requerimiento, que genera que las partes tengan el deber de notificar cualquier situación que pueda afectar el desarrollo normal de la obra en este caso, pero ¿qué pasa? Que, en el algún punto, las partes deciden no hacerlo de manera tan anticipada, si no, como dicen, conjugarlo como un tema de estrategia contractual.

Entonces, al menos, desde mi perspectiva, lo que falta introducir es un cambio de *mindset* al entorno colaborativo. En este caso, que las partes entiendan que las alertas tempranas no son una extensión de responsabilidad, sino una forma de atender de manera rápida y oportuna, que cualquier riesgo tiene que advertirse para que no se mueva algún *driver* en el proyecto.

Entonces, hoy por hoy, dentro del contrato NEC4, al menos, cómo está un poco establecida esta gestión de riesgos.

Tenemos que existe un registro de riesgos que nace en el contrato en el que las partes ponen los riesgos iniciales. También se regula el hecho de que tenga que existir una reunión de tratamiento de los riesgos; y, bueno, las llamadas, notificaciones de alertas tempranas que también, hoy por hoy, ya es una jerga contractual que muchos manejan.

Pero, realmente, con todas estas herramientas y con todos estos elementos que las partes, poco a poco, dentro del mercado peruano están empezando a conocer, ¿se tiene todo listo para que este manejo de riesgos se dé de manera efectiva en un proyecto?

Entonces, al menos yo he considerado que hay cinco elementos que ayudan a que este manejo de riesgos sí se haga en la realidad.

Uno es el uso de asistencia técnica especializada que inicia con la parte, con el contratante para explicarle a su personal cómo es que tienen que utilizarse estos formatos para poder llenar una alerta temprana dónde identificar los riesgos y no solo ellos, sino también proponer acciones de mitigación.

¿Qué más ha ayudado los NEC a traer este manejo de gestión de riesgos? El uso de estandarización de formatos. El propio contrato viene ya con formatos para poder utilizar estas alertas tempranas.

¿Qué pasa también del lado del privado, del privado que quiere entrar a licitar dentro de un contrato NEC? No solo desde el lado de un contratista principal, del lado de un subcontratista, que también va a tener que utilizar esos contratos NEC, y que, por primera vez en su vida, se va a ver, digamos, que tocado con esta realidad contractual.

Entonces, ¿en quién recae, por ejemplo, el hecho de llenar una alerta temprana, emitir una alerta temprana, y no solo ello, sino gestionar esta alerta temprana? ¿Qué han hecho algunos contratistas? Empezar a crear áreas especializadas *in-house* para manejar esos riesgos. En otras veces, cuando no es un alcance tan grande, lo maneja un administrador de contratos o, en otros casos, el mismo residente o el mismo gerente de proyecto que ponen para ver ese alcance.

¿Qué más ha empezado a utilizarse para que los contratistas y también las partes empiecen a entrar dentro de esta gestión de riesgos tan necesaria? El uso de asesoría externa, lo cual ha hecho que

también crezca en el mercado y aparte estudios especializados ya solo en contratos colaborativos y también, digamos que boutiques especializadas en construcción.

Y, finalmente, lo que se viene difundiendo: la capacitación del uso del contrato.

Si bien es cierto, al menos, localmente, seguramente se han venido dando concursos de universidades, centros de arbitraje, se está buscando, al menos, en este caso, también las partes se interesen en aprender el contrato desde el mismo NEC, por ejemplo, y en el caso de FIDIC, desde las mismas plataformas del FIDIC porque, bueno, también es cierto que esto ayuda a la acreditación del profesional para no solamente dejarse llevar por quien cree que interpreta bien el contrato, sino también interpretar bien el contrato.

Entonces, con todos esos elementos que ya tenemos en el mercado uno pensaría que podría ser suficiente. ¿Si ya tienes todos tus elementos, se hace la receta?

Bueno, en este caso, hoy por hoy, las alertas tempranas están funcionando, pero también tienen opciones de mejora.

¿Qué considero que ha venido funcionando? Con el uso de las alertas tempranas, tanto a nivel de un contratista como de un subcontratista NEC, se ha empezado a mejorar con la identificación de los riesgos, pero de manera cualitativa. ¿Cómo puede mejorar? Con la cuantificación de los riesgos, porque la alerta temprana no te pide que cuantifiques el riesgo, únicamente te pide que lo delimites y que pongas los hechos y las posibles medidas de mitigación que tienes.

¿Qué más considero que ha funcionado? Que en el NEC4, por ejemplo, sí se ha establecido que no solo basta con presentar la alerta temprana, sino también con darle un seguimiento semanal, y, en este caso, hablamos de un seguimiento de manera periódica, sistemática de las alertas.

Pero ¿qué pasa con esa sistematización? Uno pensaría, ¿si todas las semanas se abren las alertas tempranas, todas las semanas hay resultados? La respuesta es no. ¿Por qué? Porque existe, por ejemplo, en algunos casos, sobredimensionamiento de alertas tempranas que hace que tengas alertas tempranas en un proyecto que ya tiene dos o tres años que no se cierra. Entonces, dices: «¿Funciona realmente la alerta? ¿Se está manejando bien el riesgo realmente?». Te deja pensando, ¿no?

Entonces, ¿qué considero que podríamos hacer para mejorar? Que se definan parámetros para mantener una alerta temprana abierta con acciones y responsables, que se une a lo que también proponía Luis en el caso de la JRD.

¿Qué considero que también ha venido funcionando en los NEC? Por ejemplo, el uso de formatos estándares para los que son neófitos en el NEC. Un subcontratista que, por primera vez, ve un formato de alerta temprana, como ve las partes tan fáciles de llenar, al menos, tiene una noción.

¿Qué necesita? Probablemente, capacitación en cómo manejar el tema de la mitigación de riesgos, pero ¿qué puede mejorar, justamente, esa capacitación.

Como el contratista principal requiere de su *stakeholder*, que es el subcontratista, ¿dónde debe apuntar? En también ayudar a capacitar a sus subcontratistas. Algunas veces, sí se dan en reuniones semanales o de obra, al menos, una vez por semana, que algunos contratistas están empezando a ayudar en esa labor porque requieren de esos insumos para también llegar a su cliente principal.

Entonces, hoy por hoy, eso está empezando a mejorar.

Y, además, ¿en qué ayuda el tema de las alertas tempranas y las reuniones semanales? Que, semanalmente, en general, el mercado empiece a familiarizarse con los términos. Hoy por hoy, ya no

es raro hablar de alertas tempranas, eventos compensables, gestión de riesgos... ¿Por qué? Porque lo manejas con una cotidianeidad tan clara que ya puedes hablar al mismo nivel con otra persona que ve cualquier otro tipo de proyecto, pero con el mismo contrato.

Entonces, ¿qué considero, en este caso, que puede mejorar en ese aspecto? Que se evite el uso de alertas tempranas como herramienta de presión por las partes. Cuando las partes no quieren sentarse a conversar por un tema, o no llegan a hablar en el diálogo, ¿qué hacen? Emiten alertas tempranas que fuerzan el diálogo, de alguna manera, en esas reuniones semanales, pero también han sido mal utilizadas, en algunos casos, como excepciones de responsabilidad.

Entonces, es una herramienta útil, sí, que también puede jugar a doble filo, pero que, en este caso, desde mi perspectiva, deberíamos también ayudar a promover de una manera racional.

Finalmente, quiero tener como conclusión que, de esta gestión de riesgo que se está dando con las alertas tempranas, considero que:

- Existe la herramienta, pero necesita que tengamos un cambio de enfoque. Este cambio de enfoque es entrar en la cabeza de las partes, y hacerlas entender que el contrato NEC, al menos, es un contrato de enfoque colaborativo.
- Segundo, considero que eso refuerza que todavía, como peruanos y, en realidad, como industria, requerimos mayor capacitación, no solamente con los contratistas principales, sino también con los subcontratistas.
- Y, tercero, que las partes han empezado recién a darle una mirada y un valor a tener áreas especializadas en gestión de riesgos.

Así que considero que en estos tres puntos deberíamos impulsar a que ambas partes empiecen a mejorar y a invertir un poco también en ello.

Gracias.

Fabiola García: Muchas gracias.

Hemos escuchado y visto que el éxito de las alertas tempranas, principalmente, el deber de notificar y que esto sea oportuno, sin duda, algo muy relevante en la gestión de nuestros proyectos.

Y ahora quiero presentar a la abogada Nelly Tincopa, quien va a presentar «Actuaciones preventivas en la ejecución del proyecto».

Nelly es abogada con formación y experiencia de doce años en el derecho de la construcción, con estudios de postgrado en derecho administrativo, arbitraje, contrataciones del Estado, y saneamiento físico y predial. Miembro del Dispute Resolution Board Foundation (DRBF), y a partir del 2020 ha participado en la gestión de contratos Gobierno a Gobierno, GTOG, suscritos entre Perú y el Reino Unido, inicialmente, bajo el modelo de contrato NEC3, en hospitales, escuelas y, posteriormente, bajo el contrato NEC4, en Escuelas Bicentenario.

Bienvenida, Nelly, te escuchamos.

Nelly Tincopa: Gracias, Fabiola; gracias a todos.

En principio, agradecer a la Asociación Zambrano. Karina, la verdad, la convocatoria, excelente. Mira, sábado, lunes y martes tienes aquí a toda la gente que se ha movido de diferentes ciudades, tanto

de la región como igual de diferentes partes del mundo. Entonces, un total reconocimiento a ti y a tu difusión de este mecanismo de controversias.

Bueno, hemos hablado bastante de las JRD, las JPRD. Actualmente, el nombre, y los *dispute boards* que, básicamente, hacen lo mismo: la prevención total.

Y reconocemos que hay dos principales labores: la prevención, que tiene un propósito, más que todo, social. ¿Qué es lo que se quiere? Que la obra no finalice porque lo que uno quiere, como parte de un proceso de construcción, es que, finalmente, la obra se entregue porque hay un beneficio social, hay un impacto social y un interés colectivo, sea un colegio, sea un hospital, sea unas quebradas en todos los procesos que has tenido, por ejemplo, Reconstrucción con Cambios que, luego, se convirtió en ANIN y Escuelas Bicentenario, que ha tenido una repercusión bastante grande de todo lo que hemos visto en este proceso de seis años que hemos estado ya en contratos colaborativos con NEC.

Ahora, y, bueno, la otra principal labor de las juntas de prevención de disputas es la labor de resolución.

Entonces, hacemos un recuento de cuáles son los principales valores y funciones de las juntas de prevención, y analizamos cómo es que se ha venido desarrollando esto en diferentes tipos de contrato, sea Ley de Contrataciones con el Estado, o los contratos colaborativos, sean FIDIC o NEC.

Ahora, como bien lo hemos dicho, la prevención de controversias prioriza el desarrollo de la obra, prioriza la entrega, la culminación y el interés colectivo. ¿Cómo se logra esta prevención? Con reuniones mensuales; hay una comunicación colaborativa entre las partes. Debe haber un enfoque de confianza para que ambas partes, sean contratistas y entidad, puedan traer a la mesa los problemas que se están dando, porque, muchas veces, ¿qué pasa? Sienten que puede haber un tercero que está fiscalizando, si es que, efectivamente, justo es lo que mencionaban mucho, hay una cultura por trabajar por ahí y por cambiar.

Entonces, lo ideal es que la JRD, los DAB den esta entrada a las partes para poder minimizar riesgos, minimizar controversias, si es que no se tratan en el momento.

Se logra esto con reuniones mensuales, visitas periódicas a la obra, porque ¿cómo ves el avance realmente? Yendo a obras, preguntando al personal, qué es lo que sucede, hablando con gente de producción, calidad, SSOMA... Qué es lo que está afectando al momento y qué les preocupa.

Y, bueno, también, en paralelo a ello, tenemos las consultas que se hacen. Las consultas que se hacen en mesa, cuando hace una reunión mensual, una reunión periódica, una consulta técnica, una consulta legal contractual, que pueda ser solamente en el ámbito de la reunión como tal, y puede eso ayudar a aterrizar varias ideas que, de repente, están en conflicto en las mentes de las partes.

Y, bueno, también el valor supremo, que es la emisión de decisiones vinculantes respecto a controversias.

Entonces, habíamos hablado de que las JRD, y, bueno, también los DAB tienen dos funciones o herramientas y meritórias.

La primera es la función consultiva que, efectivamente, es una consulta en que ambas partes se ponen de acuerdo por un punto que, de repente, no están pudiendo resolver, y, en buena fe, llevan esta consulta a la JRD, al DAB y ellos, de alguna manera, resuelven dándoles algunas opiniones, pero esa opinión no es vinculante, es la diferencia de la función consultiva.

Y la función decisoria, que es la más importante, que es la que va a resolver el conflicto, la controversia que estás teniendo. Esta función sí es una decisión vinculante. Entonces, ahí sí existe

todo un proceso de la notificación de la controversia por una de las partes, el proceso de las audiencias, los DAB, si bien hay un período de tiempo para resolver esta controversia, las partes también pueden extender un poco el plazo. Si bien hay una apertura de resolver la controversia, no siempre hay la buena fe de las partes y el enfoque colaborativo.

Ahora, ¿qué ha estado pasando con estas dos funciones: la consultiva y la decisoria en la experiencia que he tenido estos seis años viendo tanto contrato NEC3 y contrato NEC4?

Por ejemplo, pasaba en el NEC3 que he pasado por proyectos de hospitales y escuelas y no he visto en ningún proyecto que hayan utilizado este mecanismo de función consultiva. ¿Y no lo hacen por qué? No lo hacen por miedo, de repente, de que existe un tercero más que es la Contraloría que viene y dice: «Oye, pero ¿por qué hiciste esto si no hay una disposición del DAB, una actual disposición en una sumisión?».

Entonces, ahí también entra el conflicto de que ellos mismos tienen, la entidad, de tomar, de repente, una decisión que te cuesta mucho menos, de que no vas al conflicto directo, pero no lo usan porque no está totalmente cubierto como tal para el Perú todavía. Y, sí, existe una parte, que es la Contraloría, que puede venir a fiscalizar, y ese es el temor que todavía tienen.

Por eso es indispensable el conocimiento, el aprendizaje continuo que deben tener, tanto la entidad como los contratistas. Bien lo decía Stephanie, los subcontratistas también en todas las partes intervienen en estos procesos, tanto colaborativos y ahora con la Ley de Contrataciones con el Estado porque, en realidad, minimiza bastante los costos.

Ahora, por ejemplo, ya en el NEC4, con la última experiencia que he tenido en la Escuela de Bicentenarios, la diferencia es abismal de lo que pasaba en el NEC3 y pasó en el NEC4. En el NEC4 ya tenías a personas que, de repente, habían estado en Panamericanos, había pasado por RCC y ahora están en lo que era Bicentenarios, entonces, el enfoque era totalmente distinto. Ya tenías una parte que estaba dispuesta a conversar contigo y a traer todos los problemas en mesa, que bien lo decía Luis, tiene que haber una gestión recíproca del control de riesgos, porque, de lo contrario...

Sigamos...

Bueno, yo creo que tenemos bastante experiencia, ya después en los contratos colaborativos, integrando a la función consultiva, y ahora con la Contraloría y la ley para que puedan acompañar a las partes en este camino que se inició.

Entonces, mi recomendación es seguir aprendiendo, y siempre tratando de llevar este medio de prevención a todas las partes.

Gracias por su colaboración.

Fabiola García: Voy a presentar ahora a Billy Trejo, quien es ingeniero civil, máster en gestión de empresa constructora e inmobiliaria por la Universidad Técnica de Madrid. Diplomado en Gestión de Recursos Humanos, Tecnológicos de Monterey, Certificado Project Management (PMP) por el Project Management Institute (PMI) y miembro del Dispute Resolution Board Convention.

Billy, bienvenido.

Billy Trejo: Muchas gracias.

Bien, buenas tardes a todos. Sé que estamos ya en el almuerzo, así que vamos a ir directamente a enfatizar en el mismo aspecto.

Hay varios temas que están siendo recurrentes y que creo que están quedando bien afianzados en el evento y quiero empezar, justamente, enfatizando uno de ellos.

Uno de los temas más relevantes y que va a generar más impacto con la nueva normativa es la inclusión del rol preventivo para las juntas de resolución de disputas.

Esta figura de los *dispute boards* yo ya la escuchaba ya desde hace más de diez años, cuando yo era jefe de contratos en COSAPI. Sufríamos con nuestros clientes y ¿por qué? Porque teníamos contratos leoninos y siempre éramos la parte débil, la parte débil que no podía ni siquiera molestarse porque había una relación comercial que cuidar.

Entonces, eso era dramático porque no podías ejercer tu derecho, aunque sabías que lo tenías. Entonces, en esos momentos, tomamos conocimiento de la teoría de los *dispute boards* y se veía como algo muy lejano. «Oye, mira, qué interesante idea, ¿no?, que venga un panel técnico y que ese panel técnico pueda acompañar el proyecto y darte la razón cuando la tienes. Y también decírtelo cuando no la tienes».

Bueno, eso que parecía un sueño, ahora es una realidad y me alegra mucho que ya lo podemos ver en la práctica, en la realidad. Hay mucho todavía por mejorar, como ya lo han dicho los anteriores expositores, pero el hecho de que le pongan la función preventiva a la JRD, creo que va en esa misma línea para darle todo el potencial que pueda una herramienta de este tipo.

Bueno, en nuestro caso, nuestro panel se ha enfocado en la labor preventiva; y, en específico, a mí me toca conversar con ustedes sobre qué tan preventivo, cómo podemos hacer para ser preventivos respecto a los impactos en el plazo. Los impactos en la ruta que lleva el proyecto.

Entonces, como ya mencionaron, la JPRD ahora tiene este rol preventivo y dentro de su rol preventivo, lo que le piden es prevenir las controversias. ¿Y por qué surgen las controversias? O sea, la JPRD no va a gestionar el proyecto, no tiene que garantizar los objetivos o que se cumpla el proyecto, eso le toca a los gestores, a los gerentes, a la entidad y al contratista garantizarlo, pero la JPRD tiene que funcionar como un pacificador, y, si es que le piden prevenir las controversias, debemos primero preguntarnos por qué nacen las controversias. Y lo que vemos recurrentemente es que nacen, justamente, por situaciones, discusiones respecto a afectaciones al plazo, afectaciones, variaciones en el alcance, afectaciones a la calidad, afectaciones a los presupuestos de los costos.

¿Y qué son todos esos? Son, justamente, los objetivos del proyecto. Entonces, vemos que, cuando alguien comete o deja de hacer algo y afecta los objetivos del proyecto, y siente que va a tener que asumir esa responsabilidad, se trata de defender y trata de defender lo indefendible, como lo dijeron los expositores previos, y se generan controversias que terminan afectando el normal flujo del proyecto.

Entonces, si nuestra labor es preventiva, respecto a las controversias, tenemos que ir a la raíz, tenemos que prevenir que se generen impactos en los objetivos del proyecto, y uno de los objetivos del proyecto de los más importantes es el plazo. Hablábamos de ese temor.

La fuente principal de las controversias que surgen entre las partes es el temor de la negativa a asumir la responsabilidad. Esto es claro. En los proyectos donde los gestores no asumen su responsabilidad, hay más controversias. Yo he estado en proyectos donde, con el mismo cliente, nosotros hemos sido un contratista y hemos tenido un gerente o un supervisor que tenía mayor experiencia y mayor carácter que otro supervisor, y con el mismo cliente, como aquel que no podía sostener sus decisiones, teníamos un montón de controversias. Con el mismo cliente, con el mismo contrato leonino. O sea, no tenía nada que ver el contrato, sino cómo lo aplicas y cómo lo gestionas, y qué tan dispuesto estás de asumir las consecuencias de tus decisiones y de tus instrucciones.

Entonces, yendo al tema del objetivo del plazo, ¿cómo cuidamos este objetivo?

Para esto, las herramientas que nos da a todos los experimentados en construcción, las manejan —y que todos los contratos las tienen— es manejar un cronograma de obra y tener una ruta crítica.

Ahora, tenemos que hacernos una pregunta, y esto es una crítica a la forma convencional de manejar el cronograma y la ruta crítica.

¿Podemos prevenir los impactos a la ruta crítica usando el cronograma contractual? Para los que hemos estado en obra, el cronograma contractual ustedes saben, se fija al inicio, y, mientras no haya cambios, no lo podemos mover. Entonces, ese cronograma, ciertamente, al equipo del proyecto no le sirve de mucho. Está así como vemos acá en un mural, mientras que el equipo del proyecto está haciendo su propio plan de cómo va a hacer la obra.

Bueno, ese es el cronograma contractual. Un cronograma que queda desactualizado, que solo se actualiza para efectos de una ampliación de plazo y, lamentablemente, en la mayoría de contratos, es el punto de referencia para las conversaciones entre el cliente y el contratista. El cliente, muchas veces, solamente se sienta en una reunión y te mide tu atraso en el proyecto con ese cronograma contractual, con ese que no dice qué está pasando en el proyecto. Y, muchas veces, te dice que estás atrasado cuando tú estás adelantado. O, al revés, te dice que estás adelantado cuando, en la práctica, no lo estás.

Entonces, ese cronograma no nos sirve para gestionar, justamente, el riesgo de no cumplir el plazo.

¿Y los contratistas qué hacen? Los contratistas tienen la práctica de llevar un cronograma que se ajusta a la realidad. Le llaman, normalmente, «el cronograma interno». Entonces, cuando yo iba a visitar las obras, los del corporativo, a visitarlos, uno de los temas que revisas es que te muestran el cronograma contractual, pero lo miras un ratito y dices: «Ya, acá está cuánto te tienes que estar comprometido, pero quiero ver cuándo vas a llegar, cuándo vas a terminar». Entonces, te muestran el cronograma interno que dice, realmente, por dónde pasaron; y, si se dan cuenta, esa es otra ruta crítica, no es la que tenemos en el cronograma contractual.

Entonces, cuál es la que tenemos que cuidar, si es que nosotros somos la JPRD y vamos a gestionar el proyecto, la ruta crítica del cronograma.

Bien, las dos me dicen (risas).

Entonces, los contratistas, por experiencia propia y sin ser certificados en NEC ni en FIDIC, siempre han sabido que tienen que gestionar la obra con su cronograma interno, y cuando viene el gerente de operaciones, le muestran el cronograma interno, y le dicen: «No llegamos», porque el supervisor no puede verlo, porque el supervisor dice: «No puedo verlo... corrígelo porque tiene que terminar en tal fecha tu cronograma».

Entonces, no ven la realidad. No pueden gestionar de esta manera. Y, entonces, si nosotros somos llamados en un rol preventivo a acompañar la obra y ayudarlos a que no se metan en líos y que no afecten los objetivos del proyecto, tenemos que apoyarnos en la ruta crítica y el cronograma realista, el cronograma interno.

Y para esto, la JRD ya tiene la facultad, la JRD, que ahora es JPRD, tiene la facultad de pedir información al proyecto, mantenerse informado respecto al desarrollo del proyecto y ahí tenemos que hacer solamente un pequeño ajuste, solamente pedir que nos digan cómo van respecto al cronograma contractual, al porcentaje comprometido, sino que decirles: «Oye, en tu cronograma, la lista, muéstralo

y dime qué cosas podrían afectar tu ruta crítica». ¿Para qué? Para que sobre esas situaciones que pudieran afectar tus reales planes, tus verdaderos planes, tomemos alguna acción o se generen algunos compromisos entre las partes.

Y ahí viene, justamente, ya para terminar, el entrenamiento de la JRD, como parte de la información de avance que tiene que recibir de las obras, debería solicitar al contratista que presente periódicamente un cronograma realista que señale la ruta crítica y que describa exactamente cuándo es que piensa terminar las obras.

Esto, como les digo, no vayan a decir más tarde, citando lo que dice NEC, esto lo veíamos, los contratistas lo han hecho todo el tiempo por simple lógica. Entonces, pero, sí, a la hora de implementarlo, lo que sí recomendaría es que se guíen de lo que NEC ha definido, porque NEC ha definido esta práctica y la ha incorporado en su contrato como una buena práctica de gestión de cronograma. Entonces, yo recomendaría que eso se implemente, aunque no esté en la ley, pero como parte de nuestro rol de seguimiento y de acompañamiento a los proyectos.

Muchas gracias.

Fabiola García: Muchas gracias, Billy. Un aplauso, por favor.

Es una buena recomendación que nos has dado de actualizar el programa de lo real *versus* lo programado. Por supuesto, qué duda cabe, y es con lo que nos van a medir en nuestros proyectos, por lo tanto, también aparecen la actividad de planificación, el rol de las personas clave para poder evitar impactos y la ruta crítica y los objetivos del proyecto.

Y, para continuar, vamos a presentar a nuestro último panelista, y no por eso es menos importante. Pablo Fanelli, quien va a hablar sobre las funciones de una JRD y los *dispute board*. Él está *online*, y vamos a presentarlo inmediatamente. Por su perfil, que tiene una tremenda trayectoria, pero, por razones de tiempo no vamos a poder leerlo completo.

Muy bien, Pablo Fanelli es ingeniero civil ítalo-argentino. Qué bien eso de «ítalo», yo soy ítalo-chilena, graduado de la Universidad Nacional del Sur de Argentina y de la Universidad la Sapienza di Roma, Italia y está colegiado en el Ordine degli Ingegneri della Provincia di Roma y posee una Maestría en Administración de Empresas Internacionales (iMBA) por la Athens University of Economics and Business en Grecia.

Bueno, la verdad es que tiene un currículum bastante extenso y, por razones de tiempo, aquí me está mirando la jefa, así que vamos a pasar a presentarlo, así que bienvenido Pablo.

Pablo Fanelli: Hola a todos.

Muchas gracias, entonces, Fabiola, por la presentación. Antes que nada, quiero agradecer a Karina y a su equipo por la organización de este nuevo evento tan importante para nuestra comunidad.

Voy a poner cronómetro para no pasarme. Permítanme hacer una breve introducción en estos diez minutos que tengo a disposición, voy a hablar sobre la característica única que posee una junta de resolución de disputas o *dispute board* permanente. Digo única porque la tiene solo, el único que tiene esta característica dentro de todos los métodos de resolución de disputas como luego voy a explicar. Pero, bueno, les anticipo que me estoy refiriendo a la capacidad de prevenir en tiempo real las controversias. Y con «prevenir», como explicaré también más adelante, no estoy hablando de la capacidad de evitar o el *avoidance* en *English*, porque las controversias se transformen en una disputa. Son dos cosas distintas.

Bueno, sin más preámbulos para desarrollar el tema, me voy a referir a las funciones de una junta de resolución de disputas o *dispute board* permanente, y lo voy a hacer comenzando por el final; es decir, comenzando por la función resolutoria.

Voy a catalogar esta función siguiendo un orden cronológico como la tercera función de un adjudicador. Cuando ejercitan la función resolutoria, los adjudicadores emiten decisiones vinculantes y de cumplimiento obligatorio, pero no son finales.

Haciendo un poquito de historia, brevemente, los *dispute boards* nacieron como un mecanismo de revisión de controversias en grandes proyectos de construcción en Norte América. Su tarea era la de la emisión de recomendaciones no vinculantes, tendientes a facilitar el acuerdo entre las partes, evitando, de esta manera, la paralización de los proyectos, y las disputas formales.

El sistema, obviamente, con el tiempo fue evolucionando y aparecieron los llamados *dispute adjudication boards*, los DAB que conocemos, cuya función era y sigue siendo, hoy en día, claramente resolutoria. Los DAB, al igual que las JRD ofrecen una alternativa más veloz y económica que el arbitraje para la resolución de disputas formales entre las partes.

Los adjudicadores, tras analizar la documentación presentada por las partes y mantener reuniones específicas con las partes, y, si es necesario, celebrar audiencias, emiten una decisión vinculante y de cumplimiento obligatorio, aunque no definitiva.

Como se puede apreciar, esta es una actitud netamente reactiva de los adjudicadores.

Como todos los presentes en la audiencia saben, para resolver en forma definitiva las disputas, se cuenta con otros instrumentos heterocompositivos como el arbitraje, con decisiones directamente ejecutables ante la corte, o la litigación en la corte.

Luego tenemos lo que todos conocemos como la función consultiva, que voy a catalogar siempre siguiendo un orden cronológico y no de importancia como la segunda función de un adjudicador.

Cuando ejercitan la función consultiva, los adjudicadores emiten recomendaciones u opiniones no vinculantes y de cumplimiento facultativo. Estos *dispute boards* son los llamados *dispute review boards* que, al igual que las JRD permanentes, son mecanismos de revisión de las controversias que surgen entre las partes durante la ejecución de los proyectos.

Su tarea principal es acompañar y seguir al equipo de proyecto, respondiendo a las solicitudes de asistencia informal interpuesta por las partes. En algunas jurisdicciones, incluso, tiene que ser por escrito y tienen que ser presentadas por ambas partes, mediante la emisión, obviamente, también llamadas opiniones no vinculantes.

Estas, por un lado, ayudan a las partes a comprender a la luz del contrato, las implicancias que estas controversias, las controversias que van surgiendo puedan tener; y, por otro lado, ayudan a las partes a alcanzar un acuerdo o compromiso amistoso, evitando así que las mismas se conviertan en largas y costosas disputas formales.

La implementación de un *dispute review board* (DRB) es el mecanismo alternativo de resolución de disputas preferido en algunas jurisdicciones, como, por ejemplo, en Norte América y Canadá.

Se trata, también aquí, de una actitud netamente reactiva de los adjudicadores, ya que, en general, responden o la asistencia informal viene solicitada por las partes.

Con respecto a esta función consultiva, también en este caso, para evitar que las controversias se conviertan en disputas formales, se cuentan con instrumentos del tipo autocompositivo como la mediación, la conciliación o el amigable componedor usado en México.

Bien, y llegamos, finalmente, a lo que quería hablar, no porque las otras dos funciones no sean importantes, pero la función preventiva que voy a catalogar como primera función de un adjudicador, y no solo desde el punto de vista cronológico.

Los adjudicadores, además de acompañar y asistir al equipo de proyecto son los que con la actitud proactiva y de servicio al proyecto que caracteriza esta función netamente preventiva, logran anticipar las posibles referencias que puedan surgir durante la ejecución de las obras, facilitando la correcta ejecución del proyecto y su conclusión dentro del tiempo y costo establecidos.

Con su vasta experiencia profesional en proyectos similares y su capacidad de análisis profundo de contrato, junto con el uso apropiado y necesario de las habilidades blandas y de las técnicas de comunicación, como la mayéutica, por ejemplo, que se refiere a las preguntas socráticas, incentivan el diálogo entre las partes, sobre las materias potencialmente conflictivas del proyecto, propiciando así, o, de ser necesario, requiriendo, y las partes soliciten la asistencia informal sobre estos temas que han sido ya tempranamente individualizados por los adjudicadores. Repito, gracias a su actitud proactiva y de servicio al proyecto.

Por lo tanto, los modernos adjudicadores, además de resolver las disputas a través de los *dispute adjudication boards* y evitar que las controversias se conviertan en disputas formales a través de los *dispute review boards*, deben utilizar la característica única de las JRD permanente que mencioné al principio de mi ponencia, que es la posibilidad de prevenir en tiempo real las controversias, aportando verdadero valor al equipo del proyecto. Evitar o minimizar el impacto económico negativo para el contratante y la comunidad de los contribuyentes, que, al final, somos los que pagamos las obras públicas, y, principalmente, evitar y minimizar el impacto social, como se refirió Nelly, negativo que las prolongadas disputas ocasionan a toda la comunidad con las obras públicas paralizadas por años, es la tarea más importante de los adjudicadores.

Permítanme concluir puntualizando que la diferencia que he ilustrado entre el significado y uso correcto de la palabra «prevenir» y «evitar», a alguno podría parecerle solo una cuestión semántica y no relevante, pero, atención, distinguir entre la función consultiva y preventiva, que, a menudo, esta función preventiva se confunde con la de evitar las disputas, implica un cambio muy importante para los adjudicadores, acostumbrados tradicionalmente a tener una actitud predominantemente reactiva, caracterizada por las funciones resolutoria y consultiva.

Con esto, ojo, no quiero decir que la función consultiva y resolutoria no sean importantes, tenemos muchas pruebas, como alguien lo dijo por ahí, de todas las disputas que se evitan o que no van a arbitraje, gracias a las decisiones vinculantes que emiten los *dispute boards*.

Simplemente quiero poner el acento en una característica única, como ya dije, para resolver, tenemos otros mecanismos: arbitraje, *litigation*; para la parte consultiva, tenemos mediación, conciliación, como ya te comenté.

Termino, y ahora sí, diciendo que este, relativamente nuevo, enfoque de la prevención de disputas conlleva, por un lado, una actitud estrictamente proactiva; y, por otro lado, una actitud de servicio al proyecto, lo que implica una dedicación e involucración mucho mayor que en el pasado.

Muchas gracias por la atención y buen almuerzo.

Fabiola García: Muchas gracias, Pablo.

Bueno, por falta de tiempo, solo nos quedamos con destacar conceptos de este panel, de actuar preventivamente, la gestión recíproca para litigar, el buen uso de alertas tempranas y quedo acá con la característica única de los *dispute boards*, que es prevenir en tiempo real las disputas.

Muchas gracias.

Karina Zambrano Blanco: Se levanta la sesión. Excelente panel, otro panel técnico, que ahora es la tendencia. Normalmente, los abogados, cuando teníamos diez, quince, veinte años de experiencia, nos sentamos a ver otras materias: penal, civil, laboral, y ahora la tendencia es de los abogados de derecho de construcción. Aquí tenemos líderes expertos en derecho de construcción, dos ingenieros que son la rosa acá.

Y esa es la tendencia, o sea, tenemos que aprender los distintos contratos, los distintos mecanismos sobre cómo se resuelven las controversias porque vamos a conseguir, vamos a ayudar en la reconstrucción y construcción de nuestro país.

Ha sido brillante tu conducción. Sabes que tu casa es la Asociación Zambrano y quiero felicitar por intermedio tuyo a Luis Miguel Hernández, a mis amigas Nelly, Stephanie y Billy Trejo. Y a Pablo Ramón... Aquí está lista tu causa y tu cebiche.

Pablo Fanelli: Es que nuevamente me has colocado en el panel del aperitivo. El año que viene no quiero estar en el panel del aperitivo. Quiero estar en otro panel porque la gente quiere correr a almorzar.

Así que, bueno, buen almuerzo.

Karina Zambrano Blanco: Con gusto. Pablo Fanelli es integrante del Consejo Superior de la Asociación Zambrano, están a cargo de las nuevas listas de adjudicadores DAB. El trabajo que están haciendo es muy interesante.

Felicitaciones y fuerte aplauso para Pablo.

Yo estoy viajando a Madrid, ya nos vemos en dos meses.

Pablo Fanelli: Sí, exacto.

PANEL XII. EL ROL DEL PERITO EN EL ARBITRAJE DE CONSTRUCCIÓN: ÉTICA Y BUENAS PRÁCTICAS EN LA PRESENTACIÓN DE EVIDENCIA TÉCNICA

Carlos Daga

Juan Carlos Figueroa

Fernando Viana

Guillermo Vega

Enrique Zamora

Karina Zambrano Blanco: Muy buenas tardes. Asociación Zambrano hace convenios en el transcurso de los años para capacitación, para aprender de las prácticas, para dar a conocer las habilidades blandas y tenemos un convenio con CLAPEC. En el convenio con CLAPEC, lo que nos une es difundir las buenas prácticas. Entonces, el CLAPEC se encarga de convocar a todos los ingenieros que tiene en su lista y a los mejores profesionales para cada evento. Y gracias por la elección de los profesionales que has tenido el día de hoy, así que un fuerte aplauso, por favor.

Bueno, voy a presentar al presidente del panel. Es el ingeniero Carlos Daga.

Carlos es ingeniero civil peruano con Máster de Gestión de Alta Dirección por la Past President de la AACE Peru Section, director de la CLAPEC; consultor senior en QDR, experto en cuantificación con sus plazos con vasta experiencia en ejecución de contratos de ingeniería, construcción y concesiones en los sectores de minería, petróleo e infraestructura, representando intereses en mandante y contratista.

Carlitos, gracias por conformar este panel. Felicito tu criterio y siempre garantizando las buenas prácticas, que es lo que caracteriza a nuestros profesionales del evento, y quiero felicitarte por esa gran elección.

Bienvenido.

Carlos Daga: Gracias, Karina. Muchas gracias, Karina, y también quiero agradecerte por siempre renovar el convenio con CLAPEC, es un orgullo para nosotros estar acá y un placer enorme, y también estar al lado de tan grandes profesionales que tengo el placer de estar con Juan Carlos de México, Fernando de Brasil, Enrique de Chile y Guillermo, acá de Perú.

El día de hoy vamos a tratar el rol del perito en el arbitraje de construcción. Ética y buenas prácticas en la presentación de evidencia técnica.

El propósito de este panel es establecer buenas prácticas en la elaboración y sustentación de los informes periciales, para permitir que sean claros, objetivos y técnicamente fundamentados en el proceso arbitral.

Voy a presentar al primer panelista, a Juan Carlos Figueroa Ramos. Es un profesional con amplia trayectoria desde México en finanzas, *controlling* y auditorías en sectores como en manufactura, energía y transportes.

Actualmente, se desempeña en proyectos serios y consultor asociado en Four-C Experts, especializándose en análisis financiero, forense y evaluación de pérdidas económicas en disputas comerciales y contractuales. Su experiencia incluye la elaboración de informes periciales para litigios y arbitrajes, asegurando rigor técnico y precisión en la valoración de daños técnico-financieros.

También tenemos a Fernando Viana desde Brasil. Profesional con más de veinte años de experiencia en pericias contables y financieras; perito contador judicial en Sao Paulo especializado en auditoría forense, valuaciones empresariales y resolución de disputas contables. Posee un MBA en Contraloría y una Maestría en Ciencias Contables y Actuariales. Ha participado en múltiples litigios y arbitrajes, emitiendo dictámenes periciales claves en casos de fraudes, incumplimiento contractual y daños económicos.

A mi costado derecho tengo al ingeniero Guillermo Vega, especialista en minería y gestión de operaciones con experiencia en peritajes técnicos dentro del sector extractivo. Ha trabajado en evaluación de daños y en proyectos mineros y disputas contractuales, participando en arbitrajes y estudios de pérdida de productividad. Su enfoque se centra en el análisis de cumplimiento y estándares operativos, tipificando impactos y evaluación de costos en litigios dentro de la industria minera y pública.

A mi lado izquierdo tengo al ingeniero Felipe Zamora, ingeniero con experiencia en infraestructura y construcción, especializado en peritajes de obra y disputas contractuales. Ha participado en la evaluación de cronogramas, costos y calidad de ejecución en proyectos de gran envergadura, aportando dictámenes periciales en conflictos por el retraso y sobrecostos. Su trayectoria incluye hasta supervisión de peritajes en litigios y arbitrajes, asegurando el análisis riguroso de desviaciones y cumplimiento de las normativas contractuales.

El panel se desarrollará con preguntas e intercambio de opiniones y debate entre los panelistas. En esta primera ronda se discutirán los principios esenciales que rigen la labor del perito, su independencia, la ética profesional, la metodología de su informe y la claridad de su presentación.

Para empezar, hablaremos de un aspecto fundamental: la independencia del perito.

En la práctica pueden surgir situaciones que comprometan esta autonomía, desde conflictos de interés hasta pretensiones externas.

En este contexto, para esclarecer mejor el tema, me permito plantear la siguiente pregunta a Enrique Zamora: ¿cómo debe de actuar un perito para asegurar su independencia y evitar conflictos de intereses en el arbitraje?

Adelante, Enrique.

Enrique Zamora: Muchas gracias a todos los que han venido. El almuerzo estuvo exquisito. Tuve una comida criolla bastante agradable porque cada país tiene su comida especial y no son los típicos restaurantes que uno está acostumbrado a encontrar. Así que agradecido por la invitación del CLAPEC, Karina y todos los *sponsors* que han estado participando con nosotros.

El tema de la ética van a leerlo, pero no sería fehaciente. Uno tiene que tener ética, el perito tiene que responder a ciertas normas de conducta que hacen que el perito sea creíble.

Ahora, vamos un poco más allá. El rubro de la construcción, el rubro de la ingeniería, donde me ha tocado muchos megaproyectos, uno establece esta ética de seguridad. Hay clientes que están muy ávidos a cumplir ciertas normas de seguridad.

La ética es un valor, un principio; la seguridad es un valor y un principio. Cuando yo estoy en un proyecto, un terreno, el maestro a veces se sube sobre un metro y medio y tiene que ponerse arnés, ocupar un elemento de protección especial. Si yo lo hago en el proyecto, lo aprendo y no lo empleo en mi vida, llego a la casa, y para cambiar una ampolleta o una bombilla, me subo arriba de una silla, no soy consecuente con lo que me están enseñando los proyectos. Uno tiene que ser consecuente. La silla está diseñada para sentarse. Cuántos de nosotros aquí, y ayúdenme a levantar la mano, porque después del almuerzo yo creo que quedamos un poco, quizá un poco dormidos, cuántos te alcanzan una silla para cambiar una ampolleta. Pero, la verdad, la verdad... Bien, 80 % vamos.

Entonces, cuando yo aplico algo en el trabajo y no lo aplico en mi vida y en la casa. Les paso un dato, un extintor, un extinguidor, siempre es bueno tenerlo en la casa, en la cocina. Es una fuente de riesgo de un potencial incendio y uno puede mitigar inmediatamente, tal como pueden mitigar con ciertas normas los proyectos.

Así que, si hablamos de ética, gente joven que está participando acá también, apréndanlo desde jóvenes; si hablamos de ética, hablamos de moral, tengo que aplicarlo en toda mi vida; tengo que ser consecuente.

También hay casos especiales que en casa no lo hacen, pero en el trabajo tienen que ser intachables. No pueden arriesgarse a perder la credibilidad. La credibilidad la puedo perder una vez y mancho mi imagen. En este caso, la credibilidad de un perito que fue formada por años, la puedo perder, tal como ves aquí en un solo caso. En un tribunal una opinión, un reporte, la puedo perder y puedo perder mi imagen. No solamente pierde la imagen el perito; pierde la imagen el equipo. Cuando yo actúo en un proyecto, la empresa que está detrás también tiene que llevar un código de ética. La CLAPEC tiene su código de ética y que son tres largas páginas donde van llenando las reglas y las normas que uno tiene que tener.

Entonces, reafirmando su imparcialidad hay que vivir una declaración de independencia. Una vez que acepto el caso, tengo que tener un informe con claridad y un rigor técnico bien argumentado.

Ya Juan Carlos va a explicar, va a colocar algunos detalles de su informe.

Registrar interacciones por las partes. Muchas veces yo estoy, imaginémonos cien años atrás, o no tanto, unos cincuenta o sesenta años atrás, yo estoy como perito en un caso. Me llaman por teléfono y tratan de generarme una conducta parcial. ¿Podría yo estar participando en eso? Ya no estoy siendo, ya no estoy cumpliendo un código de conducta. Y, cincuenta años más adelante, este aparatito que ustedes ven tan contundente, que vivimos con ello, es un control de documentos, donde cada persona que se escribe con otra queda registrada.

En mi país hay muchos casos que se han levantado en distintas profesiones de gente que se comunica y queda registrado. Y después pierdo la imparcialidad, hay muchos fiscales que han estado intermediando en el tema y quedan descalificados.

Entonces, hoy día podemos tener un código de conducta. Tengo la causa y origen tiene que ser esa. Recordémonos: valor es el principio; la seguridad es un valor y un principio; la ética es un valor y un principio. Debo ser consecuente.

Bueno, hay un caso aislado que, a lo mejor, después de la hora de oficina hacen cada cosa, pero intachables, pues la imagen se puede perder.

Carlos Daga: Gracias, Kike. Bueno, es verdad lo que tú nos comentas. ¿Qué sucede cuándo su ética se pone en tela de juicio en un perito? Con esto en mente, Kike, te planteo la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los errores más comunes que pueden comprometer la ética del perito en un arbitraje de construcción?

Enrique Zamora: Bueno, como estamos mostrando en la lámina, uno de los errores más comunes son no identificar los conflictos de interés.

Yo puedo tener conflictos de interés y todos entendemos claramente que, si yo me estoy cartearando, wasapeando con la otra parte, o estoy o ya he tenido algún contacto con la persona que está en el tribunal, me tengo que descalificar, pedir disculpas, no puedo aceptar. Tan claro como eso.

Otro de los errores es influencia externa. A veces la parte me orienta a lo que necesita y qué tengo que colocar en las conclusiones. Falta a la ética. Mi trabajo es neutro, mi trabajo es objetivo, no jueguen con distintos colores. Los hechos técnicos son hechos. No tienen color, por decirlo.

Si yo no fundamento bien correctamente mi análisis, voy a estar atrapado en una situación también donde pierdo la credibilidad, y la sobreactuación en un tribunal también es un reto. La vanidad de los profesionales, y algunos pecamos de ellos, el egocentrismo nos lleva a sobreactuar quizá en un tribunal, y puede ser detectado por algún árbitro y generar desconfianza.

El perito se acerca mucho más a la conducta que debe tener un auditor. Los auditores tienen una conducta de imagen. Cuando les hablan no se rien y colocan cara de pena, colocan cara de neutral.

Este es un tema que habla totalmente de la ética, como tiene que ser transparente. La claridad y la transparencia de un informe es fundamental. Usar un vocabulario complejo, enredado no va a llegar a buen término.

Estos son como los errores más comunes en que podemos caer.

Es lamentable que varios hayan tenido que partir porque quiero aprovechar de este concepto de ética del perito, pero quiero aprovechar por ética misma, porque he escuchado entre ayer y hoy, especialmente, una consulta que hizo Pablo a Ricardo Salazar, recuerdo, qué otro mecanismo existe para evitar llegar a un juicio o para evitar llegar a un conflicto.

Resulta que, en ingeniería, y les quiero mencionar esto porque yo vi en la mañana un concepto de constructibilidad.

Cuando yo desarrollo en un proyecto la ingeniería, normalmente, los ingenieros han hecho su ingeniería como la hacen siempre. Son pocos los que saben los errores que cometieron. Muchos creen que lo están haciendo bien, y repiten el mismo error, y repiten el mismo error.

Siempre es necesario que haya alguien especialista en construcción durante el proceso de ingeniería. Los talleres de constructibilidad, se mencionó en la mañana, como una revisión independiente, de lo cual discrepo, el taller de constructibilidad es un taller que puede durar tres días, puede durar tres horas, pueden durar dos días, dependiendo del megaproyecto, depende de la dimensión del proyecto. Son herramientas que son útiles porque, cuando uno sale a escribir las bases de licitación o escribe los términos de referencia o el alcance del proyecto, es fundamental que el contratista de construcción sepa claramente con un punto de vista de alguien que ya analizó la construcción para poder colorear un precio cierto. Muchas veces el precio es 20 % menos, 30 % menos, y ese 20 o 30 por ciento, en la práctica, el contratista no lo va a llegar a cobrar porque se construye en este alcance que estaba definiendo, está escrito algo, pero cuando llega al terreno, se encuentra con otra cosa.

El típico problema es dónde consigo los materiales. Hay un área para almacenar los materiales, el cliente no lo coloca. Espera que la revisión de ingeniería lo haga. El de ingeniería está trabajando en la ingeniería para que funcione, pero la persona de construcción que se involucra en el 30 % de la ingeniería, que se puede hacer todavía al 30 % y al 70 %, puede hacer un *feedback* y obtener un concepto que se traduce, al final, en precio, y ese precio, normalmente, es lo que está tratando el contratista después buscando para poder recuperar.

Éticamente, no podía dejar pasar este tema sin mencionar constructibilidad. Los dejo con hambre con la constructibilidad. Investiguen sobre este tema, gúgléenlo. Prontamente, voy a tratar de generar un *paper* y colocarlo en LinkedIn para los que les interese.

Creo que ya estaríamos...

Carlos Daga: Sí, estamos con los tiempos... Kike, muchas gracias, muy amable.

Bueno, es importante tener en cuenta que la integridad del perito puede prevalecer sobre cualquier presión externa. Su rol es asegurar que la verdad técnica prime sobre los intereses particulares.

Pero, en ese escenario, se impone la necesidad de tener una pregunta esencial que se la voy a dirigir a Juan Carlos Figueroa: ¿cuáles son los elementos esenciales que debe contener un informe pericial para ser sólido y técnicamente fundamentado, Juan Carlos?

Juan Carlos Figueroa: Muchas gracias, Carlos.

Buenas tardes a todas y a todos en esta sala. Quiero agradecer a la Asociación Zambrano, a Karina por su invitación a este formidable evento. Realmente, me siento muy contento de estar aquí.

También me siento con el mismo reto que tengo cuando enfrento las audiencias arbitrales, con muchas cosas que decir, pero con un tiempo muy limitado para hacer una presentación.

Así es que yo usaré la misma técnica que sigo en esos casos; me trataré de ir por un guion para no perderme en detalles e irme a lo más relevante con todos ustedes.

Bien, inicio diciendo que todo reporte pericial debe de cumplir con los principios de objetividad, independencia e imparcialidad, condición con la que yo creo que todos estamos de acuerdo, sobre todo, después de haber escuchado las exposiciones de nuestros panelistas el día de ayer, que fueron moderados por la doctora Filloy. De estos principios no se debe de exonerar al perito. El perito tiene que tener las mismas bases que tienen los árbitros en cuanto a objetividad, independencia e imparcialidad, principalmente.

Por otro lado, me he percatado de que con diferentes nombres se distinguen dos tipos de reportes periciales. En los arbitrajes los informes periciales y los informes de expertos, siendo los primeros aquellos que han sido ordenados por un tribunal o una JRD, y los segundos, los que acompañan a la decisión de parte en una disputa.

Yo me referiré a ambos en mi exposición indistintamente, ya que considero que las características que dan solidez a ambos son, prácticamente, las mismas.

Lo primero que indicaré es que en un informe pericial dentro del campo de experiencia del perito, debe ser completo, neutral, sin errores y sencillo de interpretar.

Cuando indico «completo», me refiero a que, en la medida de lo posible, debe referirse al caso y su alcance debe contener una explicación de la causa que provocó el hecho controvertido para, finalmente, establecer las reales y potenciales consecuencias del mismo.

Digo que debe de ser neutral porque debe de evitar sesgos cognitivos en la medida de lo posible, que lleven a interpretar que se trata de favorecer o perjudicar a alguna de las partes.

Respecto a los errores, el informe pericial debe de ser en exceso meticuloso, y evitar la existencia de errores de interpretación o documentales.

Por último, no olvidemos que el informe pericial es un producto que va a ser utilizado por no letrados en el tema técnico; y, por lo tanto, su sencillez y claridad es vital para que sea interpretado correctamente.

Por otra parte, todo informe pericial, para ser considerado sólido y técnicamente fundado, debe definir el alcance de su labor respecto a los temas involucrados en la controversia. Si esto no está claramente definido, o, si el informe pericial, en su desarrollo, se aleja de estos objetivos, entonces, el informe va a perder esa utilidad con la que debió haber sido creado para la lectura de los árbitros y el público que va a leer ese informe.

Al determinar el objetivo de un reporte pericial, la misión del perito también debe ser clara, de tal forma que no ponga al perito, ni en la posición de desarrollador del proyecto, ni tampoco en la posición de vigilante a favor de una de las partes. Su lenguaje deberá de ser lo más neutral posible y enfocarse a los hechos, al deber ser, a las prácticas de la industria y a su propia experiencia.

En cuanto a su contenido, la estructura de un informe pericial puede variar y varía en función del negocio, e, incluso, en función de la misma cantidad de peritos que existe. Cada perito puede tener su propia estructura.

Lo que yo quiero mencionar e, independientemente de todo ello, es que considero que todo buen reporte pericial debe lograr lo siguiente con la información de la que el perito dispone.

Lo primero, debe, con esa información, recopilarla y registrarla. Hacerse llegar de documentos y hechos contemporáneos que son relevantes para el caso, y, de no existir estos, hacer registros orientados a su análisis y proporcionarlos como evidencias de sus conclusiones, en referencias y en anexos. Los hechos base de su reporte deben ser claramente rastreables y documentados.

En cuanto a la acción de analizar y sintetizar, el perito debe descomponer los hechos reflejados en los documentos contemporáneos, compararlos con el contrato, con las prácticas de la industria y con su *expertise* y conocimientos técnicos. También el perito debe de gastar tiempo en establecer definiciones claras de términos complejos que serán utilizados en su informe. No debe aburrir al lector con situaciones complejas o repetitivas, y obligarlo a buscar significados. Es mejor explicar con sencillez una vez y después solo referenciar. Debe detectar lo relevante y hacer que el lector se interese en el análisis. Debe buscar no perder a su lector.

En cuanto a las acciones de concluir y transmitir, una vez hechos sus análisis, se deberán de obtener las conclusiones del caso, reflejando en ellas, tanto su experiencia como el conocimiento técnico que quieren, que no serán suficiente, si el perito no logra comunicarlas en forma correcta. Recordemos que el perito se dirigirá a un foro de no expertos técnicos y sus conclusiones deberán de ser expuestas de forma sencilla y clara.

En este aspecto, cada palabra importa, cada frase es importante y el perito en esto deberá ser concluyente y no interpretativo.

Finalmente, quiero compartir con ustedes lo que considero son elementos clave que dan solidez y fiabilidad a un informe pericial. Un informe pericial debe de basarse en hechos documentados; debe de evitar verter opiniones personales; debe basarse en lo pactado por las partes; referirse a la gestión, a la ciencia o a la técnica de la que el perito es experto. Importante: el informe pericial no debe de alegar, no es papel del perito defender posiciones. Debe asegurar también la trazabilidad de sus señalamientos y cálculos.

Carlos Daga: Muchas gracias, Juan Carlos.

Bueno, podemos concluir que con un informe pericial bien estructurado no solo respalda las conclusiones del perito, sino que también permite a las partes y al tribunal comprender con claridad los hechos y los análisis técnicos.

Siguiendo con el desafío, Juan Carlos, en la labor pericial abordamos uno de los retos más complejos en el arbitraje: la existencia de contra peritajes, donde un mismo conjunto de hechos pueden ser interpretados de diferente manera. Ante esta realidad, surge una pregunta clave, Juan Carlos, ¿cómo pueden los peritos evitar que existan discrepancias en contra peritajes sobre el mismo caso?

Juan Carlos Figueroa: Bueno, en este aspecto, estamos hablando, básicamente, de periciales de parte, donde las partes contratan a sus expertos en forma directa, y este tipo de contratación nos deja ver, y de ella debemos entender que el perito tiene cierta obligación con su cliente, indudablemente.

Pero, permítanme hacerles la siguiente pregunta: en esta contratación, ¿a qué es a lo que se debe de obligar al perito? ¿A defender su posición estableciendo conclusiones que, a toda costa, deban ser o deban presentar una posición favorable para su cliente o a encontrar las reales causas del tema que está en controversia y exponerlas de una forma clara y establecer sus consecuencias?

Si la obligación se entiende como la primera, es obvio que los contra peritajes jamás tendrán un punto de controversia, y esto, pues, por varias razones. Pero, cuando los peritos entienden que su obligación es algo como la segunda, aquí es donde la labor de los peritos se torna fructífera para resolver y para desenmarañar las causas de un conflicto.

A pesar de ello, es seguro que, al final, van a seguir existiendo puntos controvertidos entre un peritaje y el otro, y esto, sin duda, se debe al sesgo que las conclusiones de cada perito y al bagaje de conocimiento de cada perito que, sin duda, tienen y sus estructuras son diferentes. Y eso hace que no se llegue a que las conclusiones sean las mismas, o, sin lugar a dudas, considero que el poder contar con peritajes que buscan esa solución, va a permitir dar soluciones y puntos de vista comunes entre ambos peritajes.

Otro tipo de discrepancias en las opiniones de los peritos se producen cuando un perito o ambos ignoran en su análisis lo pactado por las partes en el contrato. Ya sea que en la definición de su misión determinara que esto queda fuera de su alcance, o porque así fueron instruidos por los abogados de parte, como si esto fuese una premisa jurídica para poder realizar su pericia.

Es importante señalar que no importan las opiniones o experiencias que puedan verter, si esto no viene acompañado de una base sólida y documentada de cada caso.

Ignorar la cuestión de vínculos causales y los efectos que esto provoca puede llevar a resultados muy diferentes; a exclusiones específicas o alcances limitados en su reporte, hacen no comparables las conclusiones, y son también el origen de diferencias.

En ocasiones, existe documentación incompleta o exhibición de documentos imprecisa en el análisis de un caso, lo que obliga a los peritos a estar abiertos a analizar nuevas evidencias, e, incluso, registros forenses proporcionados por el perito de la parte contraria, cuando, en lugar de ello, se pretende minimizar o ignorar su existencia, esto también es una fuente adicional de discrepancia.

¿Cómo se puede evitar esto? Pues, una forma de hacerlo es que, tanto las partes como el tribunal tengan una tarea adicional que es la de armonizar las preguntas que se puedan presentar a los peritos, y, de esta manera, que los alcances de ambas periciales puedan ser muy similares.

No sé si con eso respondí tus...

Carlos Daga: Sí, muchas gracias, Juan Carlos. Gracias por las respuestas claras y concisas.

Bueno, eso es verdad, responder con solvencia es clave para un perito, pero también lo es la coherencia en el informe escrito y la sustentación oral. Ante esta realidad, surge una pregunta clave, que se la dirijo a Guillermo Vega: ¿qué criterios deben seguirse, Guillermo, para mantener la coherencia entre el informe pericial y la sustentación oral?

Guillermo Vega: Muchas gracias por la pregunta y aprovecho para felicitar a Karina por la organización del evento y al CLAPEC por la invitación a este panel.

Definitivamente, tiene que haber una coherencia entre lo que uno ha elaborado en el detalle pericial y lo que sería el informe oral, y uno tiene que tener claro que el informe oral es el momento, quizás, más importante que tiene el perito para sustentar, explicar y transmitir cuáles son los temas que han sido materia del informe pericial. Tenemos que tener presente que los árbitros, en determinados casos, necesitan una pericia porque necesitan la opinión de un técnico experto. En nuestro caso, si es un tema técnico, un ingeniero para que exponga o una cuantificación, un tema técnico o el tema que fue solicitado.

Entonces, el informe tiene que tener todo el sustento adecuado, un comentario tiene que tener todas las partes que permitan sustentar lo que ha concluido. Sin embargo, a veces, toda esta sustentación recae en conceptos que sean difíciles de entender, a pesar del esfuerzo que pueda hacer el perito. Pero, entonces, es el informe oral el momento que tiene el perito para poder transmitir a los árbitros qué es exactamente lo que ha encontrado, qué es exactamente lo que ha podido determinar y por qué, en palabras y formas que sean suficientemente claras para poder entender.

Entonces, hablando de la coherencia entre la presentación del dictamen y el informe oral, es importante saber que, si bien uno busca ser más claro, preciso, y tener la forma de poder explicar de la manera más clara al árbitro los temas que han sido materia del dictamen pericial, no puede introducir, al momento del informe oral, temas nuevos. No puede comenzar a desarrollar teorías nuevas, ni tampoco conceptos que no fueron incluidos en el dictamen pericial. Tampoco se puede traer referencias nuevas o poner documentos que no fueron utilizados al momento de realizar la pericia. Entonces, es muy importante que el contenido del dictamen pericial sea transmitido a través del informe oral para poder resumir, explicar en formas más útiles o fáciles de entender, pero no pueden introducir temas nuevos que no fueron inicialmente planteados, y creo yo que un factor fundamental es que pueda enfatizar cuáles son las conclusiones.

A veces que me ha tocado ver exposiciones de pericias, en las cuales se habló mucho, no se entendió nada y ni siquiera uno sabe qué era lo que se quiso transmitir. Yo creo que es fundamental que las conclusiones que estaban en el dictamen pericial o pensaban que se quisieron transmitir sean transmitidas apropiadamente.

Carlos Daga: Gracias, Guillermo. Además, resulta claro que una exposición oral es concluyente y el uso de herramientas visuales puede facilitar la comprensión de la evidencia técnica.

Resulta clave despejar dudas, Guillermo, por lo que te formulo la siguiente pregunta: ¿cómo puede un perito usar herramientas visuales para mejorar la comprensión de su evidencia técnica?

Guillermo Vega: Muchas gracias.

Evidentemente que también las herramientas visuales van a ser de mucha utilidad para los objetivos que estaba mencionando; es decir, transmitir los mensajes que han sido analizados y estudiados, y a las conclusiones a las cuales se ha llegado en el dictamen pericial.

Ahora bien, para saber qué herramientas visuales se pueden usar, hay que entender algunos factores. Por ejemplo, cuál es la complejidad de los temas que han sido analizados. A veces son temas muy sencillos, unas cuantificaciones que pueden explicar de dónde salieron los números y cómo se calcularon, es suficiente.

Pero, a veces, estamos hablando de temas técnicos que son difíciles de explicar y que, por más que uno los intente explicar de la manera más fácil, para el tribunal pueden quedar en abstracto, y ahí comienzo a explicar qué tipo de herramientas pueden usar.

Por ejemplo, uno puede, digamos que estamos hablando de un proceso constructivo que debió haber sido de una forma y fue de otra. Eso puede pasar tranquilamente, como es una con fotografías

o dibujos cómo es un proceso constructivo, que estaba en discusión originalmente, y cómo es el nuevo proceso constructivo.

Pueden pasar un video también. Cómo es que se debió de realizar el trabajo con las especificaciones originales, y qué es lo que sucedió en la realidad. Pueden mostrar videos de cuáles son los problemas que se encontraron y que no permitieron ejecutarlo; fotos o videos. A veces, estamos hablando de temas cuya ubicación en el espacio es difícil de determinar o difícil de ver la complejidad; un plano que muestre de dónde estamos hablando; una foto o un video o un gráfico que muestre qué es, cuál es la zona dónde se está tratando de explicar que ocurrió el problema que se ha analizado, yo creo que puede ser de mucha utilidad.

Es importante no perder el foco de para qué es la audiencia. La audiencia es para que se pueda explicar un informe que ya existe, ya fue elaborado, y que la idea es que sea transmitido con la mayor y mejor claridad posible.

Efíense, entonces, es fundamental que los temas queden claros, que se puedan transmitir las conclusiones y que las herramientas que se usen sean planos, sean videos, sean fotos, sean gráficos, ayuden a poder tener una mejor explicación, siempre manteniendo el cuidado de no estar introduciendo elementos nuevos, conceptos nuevos que no han sido inicialmente planteados en el informe pericial.

Carlos Daga: Muchas gracias, Guillermo.

Bueno, hemos tratado de recorrer los aspectos claves del rol del perito en el arbitraje en construcción, desde la ética, la metodología y la presentación efectiva de la evidencia.

Y para terminar con broche de oro, voy a dar pase a Fernando para que nos presente el estudio de una pericia de arbitraje.

Adelante, Fernando.

Fernando Viana: Gracias.

Primero, Karina, para este nuevo evento al que he sido invitado. No puedo hablar español porque estamos estaremos hablando aquí portugués con ustedes porque me cuesta sobre cómo usar bien los términos técnicos en los procedimientos arbitrales.

Hablaré aquí sobre cómo la utilización de los profesionales técnicos durante el proceso arbitral es vista desde la perspectiva de los árbitros en las del área de Disputas y Litigios de KPMG elaboró una breve encuesta dirigida a estos profesionales de arbitraje. Se consultó a más de 50 árbitros de diversas cámaras de arbitraje de Brasil.

Las experiencias, perspectivas y análisis de estos especialistas permitieron trazar un retrato promotor de la visión de estos profesionales sobre la contribución de los especialistas aquí técnicos al éxito de los procedimientos de arbitraje.

Brevemente, aquí ese estudio tuvo como objetivo abarcar los temas pertinentes a los trámites del proceso arbitral, tales como la actuación de los respondientes en el tribunal arbitral, la cuantificación de peritajes técnicos utilizados en los procedimientos en los que participaron los entrevistados: (a) la utilización de peritos técnicos y la remuneración por las partes; (b) la designación por las partes y la interacción de los asistentes técnicos en los procedimientos; (c) la percepción de los árbitros sobre la contribución del peritaje en la resolución de las disputas.

Entre los 56 árbitros que respondieron la encuesta, el 39 % actuaron como presidentes del tribunal arbitral o coárbitros en más de tres procedimientos; 29 % actuaron en tres; y 32 % en ninguno de ellos.

La utilización de peritos técnicos en el procedimiento arbitral. De acuerdo con los participantes, la utilización de la pericia técnica fue recurrente en los procedimientos en que actuaron durante el período de análisis de la encuesta. La mitad de ellos, el 50 %, informó que utilizaron peritos en los procedimientos; 55 % *expert opinions* en los procedimientos; y 85 % utilizaron los árbitros y peritos técnicos fueron nominados por los árbitros los asistentes técnicos fueron indicados por las partes.

Y aquí la utilización de los peritos todavía intentando un segundo entendimiento los encuestados fueron sobre el 42 % de los peritos utilizados comprendieron totalmente lo que se discutió en los procedimientos técnicos y reflejaron ese entendimiento en el alcance, los informes emitidos.

Dado que es muy importante entender ciertos análisis de hechos si los profesionales saben lo que están haciendo.

Y aquí hay una parte importante sobre el dinero, sobre cuáles son los honorarios aprobados para los peritos, la mayoría de los encuestados entiende que fueron de acuerdo con las expectativas para trabajos de esa naturaleza.

Y todos los honorarios tienen una media de expectativas para los trabajos de esa naturaleza. No estaban muy disconformes con la realidad del mercado.

Y aquí la parte más importante que se preguntó a los participantes de esta encuesta: ¿cuál es su percepción sobre el grado de independencia del trabajo realizado de los asistentes técnicos de las partes en relación con los abogados que los representan?

El entendimiento aquí se centra... la pregunta fue: ¿Los asistentes técnicos designados por las partes al presentar sus pareceres sobre el informe del perito arbitral, dieron indicaciones de que trabajan de forma independiente de los abogados que los contrataron? 62 % dijeron que no. Los asistentes técnicos de la pesquisa y los asistentes técnicos que trabajaron de forma independiente certificaron los trabajos periciales. Los asistentes técnicos acaban perjudicando los trabajos.

Hay que demostrar que, a pesar de todo, de este estudio, de esta pesquisa que se concluyó que, tanto los peritos asistentes indicados por las partes, por los abogados, cuántos de los asistentes técnicos también ellos acabaron por colaborar con la resolución de la disputa. El 94 % de los que respondieron la encuesta entendieron que tanto los asistentes como los peritos colaboraron para la resolución de la disputa.

Y ellos han concluido en esa pesquisa que la utilización de la pericia técnica en los procedimientos de arbitraje fue fundamental y fue una herramienta válida para apoyar la toma de decisiones de los árbitros.

Quería invitar a Carlos para que nosotros también podamos hacer una encuesta, una pesquisa aquí en América del Sur, para tener más encuestados en estas pesquisas para tener un retrato bastante interesante sobre esto.

Carlos Daga: Gracias, gracias por darnos la iniciativa. Sí, lo vamos a hacer. Te vamos a invitar para que nos ayudes liderando esa pesquisa acá en Perú, en Latinoamérica, y queremos agradecerles a todos. Tenemos un pedido de la asociación, nos ha pedido terminar prontamente, por eso es que queremos agradecer la participación de nuestros panelistas, a ustedes: público, y a los invitados especiales que están acá, y, bueno, y seguir promoviendo las buenas prácticas en arbitrajes y elaboración de pericias y sustentación de informes.

Gracias por acompañarnos y un aplauso para todos ustedes y para los panelistas.

Karina Zambrano Blanco: Felicitaciones al panel. Ha sido una presentación brillante, clara, motivadora a seguir la carrera del perito.

En el Perú, hasta el año pasado, te acuerdas, en la conferencia, los peritos no tenían claro cuál era su función ni misión. Pensaban que ser perito era sacar un informe de acuerdo a lo que requiera una de las partes. O sea, si a mí me paga esa persona, yo tengo que sacar el informe de acuerdo a lo que me pidan.

Nosotros nos quedamos admirados; y, claro, mi primera experiencia con un perito fue terrible, hace casi veinte años en un arbitraje, pedimos un perito. Esa vez pedíamos del Poder Judicial, teníamos una terna, y el perito vino, pusimos en conocimiento de las partes. De los tres se quedaron dos, de los dos, uno, pues, y terminada la audiencia, el perito se nos acerca y nos dice: «Doctor, ¿podemos hablar un ratito con usted?». «Muy bien, hemos hecho las preguntas sobre la base de cuál va a ser la pericia ya está...». «No, no, quiero que me diga a quién debo favorecer». «O sea, no señor, usted no tiene que favorecer a ninguna de las partes; tiene que sacar un informe independiente». «Ah, ya, ya, pero ¿a quién tengo que favorecer?». Y, en realidad, la verdad fue de terror.

Entonces, cuando nos conocimos con CLAPEC, compartimos eso, y dicen, sí y aquí está transmitiendo que los peritajes, por más que te contrate una u otra parte, o tengan un interés, no pueden ser peritos y emitir informes parciales.

Pues, así, muchas gracias y un fuerte aplauso para todo el panel.

PANEL XIII. INVERSIÓN Y FINANCIAMIENTO EN LOS CONTRATOS DE OBRA

Rafael Montoya

Óscar Bravo

Reynaldo Herrera Chavarría

Claudio Graeff

Karina Zambrano Blanco: Invito a Rafael Montoya, Reynaldo Herrera, Óscar Bravo y Claudio Graeff.

Por favor, pase el siguiente panel, y, bueno, gracias por su paciencia y espera. Esperemos a los demás participantes.

Y, bueno, ¿por qué hemos creado este panel? El panel tiene por finalidad... Rafael me dice: «Por fin salí de este lío del tema financiero que es necesario en las obras». Claro, eso no nos lo dicen en los libros y no hay caso de que no se use en las obras. Y, entonces, lo que tiene que hacer el adjudicador es lograr ese equilibrio, entre que pague la entidad, que el contratista ejecute.

Para eso hemos invitado a Rafael Montoya de AIT Capital. Él, desde hace algunos años, está difundiendo las buenas prácticas en la gestión financiera. También lidera un equipo muy importante, y, además, yo creo que es una de las principales financieras aquí en el Perú, y a todo su panel, tenemos a varios invitados de El Salvador, ¿cómo estás, Reynaldo? Bienvenido. De Brasil, ¿cómo estás, Claudio? Bienvenido. Y Óscar Bravo. Óscar tiene una particularidad porque es nuestro paisano, es cusqueño, trabaja en una de las empresas más importantes, una de las entidades más importantes, que es ProInversión. Por ahí nos conocimos. O sea, es un orgullo que estés liderando una de las entidades más importantes que ejecuta obras y proyectos, y, además, que seas cusqueño, paisano, y ahora aquí. Un fuerte aplauso para este panel.

Rafael Montoya: Gracias, Karina.

Antes de entrar de lleno a la exposición, primero, Karina, el día de ayer cuando llegué me entregaron este libro, que es el resumen por escrito de todas las ponencias del congreso del año pasado, y ahí tengo una doble moneda porque, por un lado, me siento un poco triste de ser el penúltimo panel, y no encontrar mucha gente, pero, por otro lado, Karina, te soy totalmente sincero, entiendo que el verdadero valor de este congreso y de todos los congresos que organizas, es el legado por escrito y digital que estás dejando de todas las presentaciones de los expositores que han hecho un esfuerzo en venir hasta aquí.

Y desde ya, también, te comprometo, tú me conoces que soy directo, siempre a la vena, a ayudarte porque creo que todas las exposiciones que han existido son muy importantes, y tú sabes que, para algunas personas que también me conocen, soy muy activo en redes sociales y he aprendido que uno tiene que regalar contenido, que el conocimiento individual ya no es un patrimonio privado, es un patrimonio social y que le corresponde a todo el ecosistema en que estamos.

Entonces, te digo que me comprometo a ayudarte a sacar tu canal de YouTube de Asociación Zambrano, a sacar tu TikTok con minivideos menores de dos minutos para que todas estas participaciones, que son muy importantes, aunque ya muchos no están presentes, pero nos van a escuchar digitalmente cuando estén en sus carros, cuando estén en sus casas, donde estén. Así que el principal legado tiene que ver con comunicar esto.

Tengo una presentación un poco prolija, me esforcé, hago mi tarea Karina, pero voy a correr rápido. Siempre digo yo que, sin financiamiento, no va a haber inversión pública.

Este es un resumen muy rápido de una presentación que vengo haciendo en el extranjero, presentando al Perú.

Ejéñse, yo digo: «Perú, nicho de oportunidades en el sector infraestructura en Latinoamérica». Estoy en Argentina, me he ido a Ecuador y lo que vengo a decir es que el Perú es el país latinoamericano que tiene más reservas internacionales debido a su sólida política fiscal por más de veinte años.

¿Y cuáles son los fundamentos de nuestra economía? Primero, el sector minero que contribuye históricamente con el aporte de ingresos fiscales, tenemos una inflación que el año pasado fue de 3 %, por más de 25 años; tenemos un tipo de cambio estable 23 años; el 9 % frente al dólar.

Y también, por otro lado, siempre los peruanos decimos: «Oye, qué raro, qué ironía, tenemos reservas, tenemos qué invertir, pero lo que sucede es que no hay gestión». Y esa es una media verdad, pero, en el fondo, lo que tenemos es un déficit de infraestructura pública. Y todos los que estamos acá, en el ecosistema de la inversión pública, lo sabemos.

Y, felizmente, existe una agresiva inversión pública como política de gobierno en los últimos 15 años, y eso se nota en las normas.

Todos recordaremos que, hasta hace 6 años, el Estado peruano daba el 60 % de adelanto para ejecutar una obra. ¡Wow! Eso no existe en ninguna parte de Latinoamérica y creo que del mundo. Ahora ya es 30 %, pero, a partir del 23 de abril, va a ser 40 % de adelanto.

¿Y cuáles son las principales características de la inversión pública peruana?

El Estado ha reparado en que se necesitan diversas modalidades contractuales.

Y, segundo, también el Estado ha reparado en que se requiere herramientas financieras para impulsar. O sea, no basta que el contratista tenga su espalda financiera, no basta que el sistema financiero peruano bancario pueda contribuir. La cuantía y complejidad de las obras ha crecido tanto que es imposible que el contratista o que la banca peruana lo haga todo.

Entonces, el Estado ha dicho: «Esta pelota es mía y tengo que también ayudar a mi patria».

Entonces, ¿cuáles son estas características?

Primero, convivencia de diversas modalidades contractuales. Ya hemos hablado sobre los GTOG, los FIDIC, los NEC, hay regímenes especiales que los vamos a ver y, dependiendo, incluso, de sectores como la reconstrucción, los colegios emblemáticos, ahora van a venir los hospitales emblemáticos, etc. Ahí se crean sistemas especiales dentro de un mismo ecosistema de la inversión pública. Ahora tenemos una nueva ley, en donde ya se va a mirar el otorgar la buena pro. Ya no el que ofrece la menor oferta va a ganar, ahora van a haber otros criterios mucho más amplios, y que van a intentar premiar a aquel que realmente lo merece.

También lo que señalé, el Estado sigue dando el 30 % de adelanto, ahora va a ser el 40 %.

Y aquí es el tema de fondo de mi exposición esta vez, cuáles son las nuevas garantías que van a entrar en vigencia en la nueva Ley General de Contratación el 23 de abril. Vamos a ver en las últimas filminas que va a haber una convivencia de diversos instrumentos financieros.

Segundo, hay la obligatoriedad como política en obras públicas, de darle mayor valor a la junta de prevención y resolución de disputas y al arbitraje, obviamente, y existe una férrea política de gobierno contra la corrupción a través del uso de herramientas digitales y de transparencias en los portales públicos del Estado peruano. En eso sí no podemos ser mezquinos. Nosotros tenemos las herramientas y con un solo clic, podemos ver mucha información.

Quiero que entiendan que la inversión pública, el ecosistema no es solo las obras de la ley general. Fíjense cuántos subsistemas dentro del gran ecosistema existen, y todos ellos con sus mecanismos particulares de financiamiento. Las obras de la ley general, las obras bajo las entidades públicas autónomas, como, por ejemplo, la ANIN (ex ARCC), los colegios emblemáticos, las APPs, las licitaciones públicas internacionales, que vienen con fondos de organismos internacionales, pero que se convocan acá; los mecanismos de obras por impuestos. Ya Óscar nos va a hablar, como representante de ProInversión, sobre qué es lo que vienen haciendo; las concesiones.

Entonces, existen diversos mecanismos dentro de un mismo ecosistema de inversión pública nacional, pero cada uno requiere su modalidad especial de financiamiento.

Y, bueno, y tenemos subsectores totalmente atractivos. O sea, no solo tenemos, qué sé yo, el área de educación, sino tenemos educación, salud, agua y alcantarillado, que está por todo el país. Tenemos la red vial, no solo para construir sino para mantener; tenemos las defensas ribereñas y fluviales, que ha sido lo que ha parado la olla todo el año pasado; tenemos las obras de reconstrucción en las zonas afectadas que aún se mantienen; se vienen los ferrocarriles con fuerza. Diversos sectores dentro de nuestra propia economía.

Y fíjense acá un detalle, quizás, no exacto, de todas las partidas de miles de millones de dólares que existen y que se van a colocar, obviamente, y que todos acá, ustedes desde su lado, nosotros los que estamos en el financiamiento, tenemos que encontrar las herramientas adecuadas para que estos recursos realmente se utilicen.

Y ahora sí entro rápidamente a mi tema. Qué garantías nuevas van a haber en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, que entran a partir del 23 de abril del 2025.

Primero, se va a permitir la convivencia de diversas garantías. Ya todos estamos familiarizados con las fianzas y las pólizas de caución. Ahora también la retención que se venía otorgando hace 4 años, bajo normas especiales, y que corresponde a poder sustituir la fianza de fiel cumplimiento con la retención de las valorizaciones futuras de la propia obra. Esto ahora va a ser un derecho del contratista; sin embargo, ahora va a estar limitada solo a obras menores de 5 millones de soles. Actualmente, no tenía ese monto.

Pero, por otro lado, se va a permitir el fideicomiso, no solo para los adelantos, sino también para el fiel cumplimiento. Vamos ahí a explicar.

El fideicomiso hoy día será un derecho del contratista; no será una facultad de la entidad.

En los últimos 6 años, porque el fideicomiso es una herramienta que se incorporó en la ley vigente, desde el 30 de enero de 2019, pero era una facultad de la entidad aceptarla. Hoy día no, hoy día va a ser un derecho del contratista. Si lo pide, la entidad pública estará obligada a otorgarlo.

Eso del fideicomiso de fiel cumplimiento se ha previsto también para las obras y para los servicios viales mayores de 5 millones.

Como sabemos, en julio del año pasado, se dictó una norma especial, en donde el fideicomiso que hoy solo era vigente para obras, no para servicios; sin embargo, hubo una norma especial que permitía a Proviás Nacional, pactar el fideicomiso para la entrega de los adelantos en obras de conservación y mantenimiento vial. Hoy en día, eso ya la ley lo recoge, y sí van a ser posibles los servicios de mantenimiento vial a través de fideicomiso.

Pero, una gran diferencia con el fideicomiso de adelantos. En el fideicomiso de adelantos, el titular de los flujos que es el Estado, a través de sus diversos órganos de entidades públicas, en el de fiel cumplimiento es el contratista el que lo va a constituir. Es decir, el contratista es el que va a tener

que dejar un activo a favor de la entidad, y ahí la ley es muy genérica porque solo ha señalado que serán activos realizables o flujos dinerarios. ¿Qué activos realizables? La casuística nos irá dando esa solución. ¿Qué flujos? Pueden ser flujos futuros o presentes.

Y la más fácil, la que todo el mundo dice: «Oye, esto es sencillo», pues, ahora voy a hacer un fideicomiso sobre los fondos futuros, es decir, las propias valorizaciones de obra, que es lo que se ha venido haciendo con la retención, porque la retención no es otra cosa que, justamente, empaquetar y empeñar mis flujos futuros.

¿Pero con eso qué ha sucedido? Ha ocasionado el impacto en el flujo de caja que ha sido una incorrecta decisión financiera de los contratistas que tienen serios problemas porque la entidad les va reteniendo ese 10 % que no es otra cosa, en el fondo, muy macro, la propia utilidad que esperan ellos recibir.

Y, entonces, reitero, va a ser creatividad del mercado proponer qué tipo de activo van a aceptar las entidades públicas en ese fideicomiso público. Entonces, por ejemplo, nosotros ya venimos capacitando gratuitamente a las entidades públicas para que conozcan la herramienta, para que confíen en la herramienta y para que comiencen a tomar decisiones y decir: «Oiga, ¿qué activo puede aceptar? ¿Aceptarán un inmueble? ¿Qué tipo de inmueble? ¿Un terreno, un local comercial, un local industrial, una casa de playa? No se sabe, es muy genérico, y eso es parte del atractivo de poder ir caminando con la propia norma.

Y en el caso de los adelantos, bueno, se mantiene la normatividad, es decir, el constituyente de los adelantos es la entidad como titular de los flujos. Los órganos de auxilio de la entidad es el fiduciario, que es una entidad supervisada por la SBS y el supervisor del fideicomiso, que no tiene nada que ver con el supervisor de obra, pero que el contratista asume, como siempre, todos los gastos.

Ahora existirá un adelanto por avance. Es decir, hace un momento decíamos: los adelantos directo y de materiales son $10 + 20 = 30$ %, pero ahora el Estado va a premiar con un adelanto adicional, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Que la obra esté al 60 %; y
- Que el programado *versus* ejecutado esté igual o mejor respecto al ejecutado.

Entonces, de esa forma, el contratista va a poder recibir un 10 % adicional y también podrá aplicar al fideicomiso, obviamente, o fianza o póliza de caución.

Y en el tema de fianzas y póliza de caución se mantiene la normatividad de orden de que tienen que ser emitidas por entidades supervisadas por la SBS; tienen que tener clasificación de riesgo B o superior; y, obviamente, aplican tanto para el fiel cumplimiento y para los AVLAST.

Y creo que ahí acabé.

Cualquier cosa ahí están los datos y muchas gracias por todo.

Ahora me corresponde presentar al siguiente expositor. Permítanme un minuto, por favor.

Óscar Bravo, representante de ProInversión, una de las entidades que han liderado la gestión en el año 2024. Vamos a estar muy interesados en escucharte, Óscar. Graduado en la Universidad Nacional San Antonio Abad, Maestría en BIM; tiene más de 36 años de ejercicio profesional, de los cuales, 25 años dedicado a la especialidad de vías férreas; amplía experiencia en diseño de construcción, montaje, mantenimiento y calidad de las vías férreas convencionales. Ha realizado trabajos acá

en Perú y en el extranjero como Bolivia y ha recorrido y ha asesorado en diversos proyectos en Brasil, Panamá, Bolivia, Chile y Paraguay.

Te cedo la palabra, Óscar.

Óscar Bravo: Muchas gracias. Voy a hacer la presentación.

Buenas tardes con todos. En primer lugar, quiero agradecer a Karina por la invitación. Es muy interesante el participar en un foro de estos, un congreso del nivel que tiene este congreso. Creo que soy el único que no es perito ni adjudicador en todo el grupo, lo cual, en parte me asusta un poco, pero, al final, creo que el objetivo es el mismo: el poder lograr que las inversiones que realmente necesita el país se ejecuten de la mejor manera posible; y, sobre todo, que lleguen a buen término.

Mi presentación está orientada a explicar lo que son los tipos de proyectos que, actualmente, maneja ProInversión.

Existen, básicamente, tres modalidades de inversión público-privada. Dos de ellas están asociadas al Decreto Legislativo n.º 1362, que son las otras asociaciones público-privadas, y las de proyectos en activos. Las obras por impuestos tienen una propia ley, que es la 29230.

Para la presentación voy a tocar estos cuatro temas. Empezaremos con asociaciones público-privadas, luego obras por impuestos, y, finalmente, proyectos en activos; para, luego, tratar el tema de las oportunidades de mejora.

Las asociaciones público-privadas. Es una modalidad de participación de la inversión privada, en la que hay que rescatar esos contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, se distribuyen los riesgos y recursos para garantizar niveles de servicio óptimos para los que yo creo que son los tres pilares en los que se fundamentan las asociaciones público-privadas en el Perú.

En cuanto a las asociaciones público-privadas, existen las asociaciones público-privadas o APPs de iniciativa estatal, las mismas que pueden ser iniciativas estatales autofinanciadas, las iniciativas estatales cofinanciadas y una tercera, que es diálogo competitivo.

Lo más probable es que muchos de los que están acá no hayan escuchado nunca de esta tercera forma de asociación público-privada. Vamos a entrar un poco más a detalle más adelante.

Y, por otra parte, tenemos las asociaciones público-privadas, de iniciativa privada, que son aquellas en que los privados proponen hacer diferentes proyectos para poder avanzar en obras de infraestructura, básicamente.

Tenemos, dentro de estas, las iniciativas autofinanciadas y las iniciativas cofinanciadas. Es necesario indicar que las iniciativas autofinancias deben cumplir que las garantías financieras no deben superar el 5 % del costo total de inversión; o las garantías no financieras no deben superar el 10 %.

Comentaba hace unos instantes sobre el diálogo competitivo. El diálogo competitivo es un mecanismo que está en la norma, en el Decreto Legislativo n.º 1362; sin embargo, hasta el momento, todavía no ha sido utilizado. No es un proyecto, es un sistema que, por su complejidad, requiere de la participación del sector privado.

En ese sistema, el privado es el que propone qué tipo de proyecto va a utilizar para solucionar una determinada necesidad pública.

Esto se utiliza bastante en Europa, España lo tiene desarrollado. En Inglaterra, cerca del 12 % de todos sus proyectos se realizan mediante este sistema. Es interesante porque es el privado el que

trata de poner la mejor oferta posible, tanto desde el punto de vista técnico, como desde el punto de vista financiero, para dar solución a un problema que se tiene.

Este diálogo competitivo tiene que cumplir de manera conjunta tres características fundamentales: (i) que se trate de proyectos de competencia nacional; (ii) que sean proyectos sobre los que no hay experiencia o es muy poca la experiencia que se tiene en el país debido al diseño, construcción, financiamiento, operación o mantenimiento de proyectos similares; y (iii) el tercero, que tengan un costo total de inversión superior a 200 mil UITs.

Por si acaso, para los que no son del Perú, la UIT este año es S/ 5,150.00; o sea, estamos hablando por el valor de obras de más de 1,030 millones de soles.

En cuanto a asociaciones público-privadas, estos son algunos de los muchos proyectos o servicios que se pueden ofrecer a través de APPs. Tenemos redes viales, aeropuertos, puertos, plataformas logísticas, infraestructura urbana, infraestructura penitenciaria; tenemos algunos proyectos de cárceles; EsSalud, hospitales, educación, otros. También se puede hacer infraestructura y servicios públicos que requiere el Estado; proyectos de investigación aplicada; sobre todo, en el área agrícola; proyectos de innovación tecnológica que permitan mejorar y cubrir ciertas brechas; y, adicionalmente, servicios públicos: agua, luz, desagüe, etc.

Obras por impuestos. Esta es una modalidad que últimamente tiene bastante acogida. Recién se está difundiendo. El año pasado fue un año especial de éxito para obras por impuestos. Se hizo una gran cantidad de trabajo. Es una modalidad que, normalmente, es utilizada por los gobiernos locales, gobiernos regionales. Entonces, permite que se puedan ejecutar algunos proyectos en un tiempo menor.

Los gobiernos regionales, locales, incluso, universidades públicas, pueden acceder a este tipo de obras por impuestos.

Justamente, el día de hoy se adjudicó un proyecto en Tayacaja, si mal no recuerdo, la compra de equipos, de maquinaria.

En este caso, la Municipalidad de Tayacaja logró que, a través de Kallpa, que es una empresa privada, se logre la adquisición de la maquinaria que necesita. O sea, son no solo para proyectos grandes, también para proyectos de todo tamaño.

Este año se cuenta con 46,000 millones de soles para la ejecución de proyectos por obras por impuestos.

De cada una de las entidades locales, gobiernos regionales, municipalidades provinciales, distritales, tienen un monto asignado para el año.

Por ejemplo, recuerdo el caso de Tacna que tiene 576 millones para este año para invertir por obras por impuestos, y así cada una de las diferentes localidades del país tiene un monto asignado que puede ser utilizado para obras por impuestos.

Hace un momento comenté que este programa tiene bastante éxito. Tenemos 675 proyectos por un monto superior a los 100,000 millones.

Los beneficios no los voy a leer; no tenemos suficiente tiempo. Entiendo que todos están cansados también; y, bueno, los van a poder ver porque vamos a compartir la presentación, pero, básicamente, permite disminuir los tiempos para la ejecución de los proyectos. Se traslada el riesgo de ejecución de la obra a la empresa privada y se adelanta el uso de recursos financieros como el canon, regalías, renta de aduanas, etc., dependiendo de cada una de las municipalidades.

Proyectos en activos es algo que es, más o menos, conocido, y se está incentivando su utilización.

Es una modalidad que permite que se ejecuten proyectos sobre activos que pertenecen a diferentes entidades públicas. Una entidad pública puede tener un terreno y utilizarlo para que se haga un proyecto que tenga fin público y se pueda utilizar, y el privado es el que se encarga de hacer todo el desarrollo.

Puede ser de origen estatal o iniciativa privada. Hay diferentes tipos de contrato que pueden utilizar para proyectos en activos.

El inversionista privado asume todos los riesgos y costos que implica la ejecución. Acá no hay ningún riesgo asociado al Estado. Toda la ejecución es completamente riesgo del privado. Incluye, obviamente, operación y mantenimiento.

Existen varias modalidades de contrato. En el primer caso, cuando hay transferencia de riesgo, puede ser una transferencia total o parcial, puede ser una permuta también.

Y, si no es posible la transferencia del bien, que pasa en la mayor parte de los casos, se puede dar cesión en uso, arrendamiento, usufructo o derecho de superficie.

Aparentemente, hay otras modalidades, pero no están especificadas ni en las guías ni en la ley.

En proyectos en activos se pueden encontrar una serie de proyectos, por ejemplo, activos mineros, telecomunicaciones, centros comerciales, camales, centros médicos, centros productivos, terminales, institutos de educación superior. Las universidades están usando, actualmente mucho este sistema; parques industriales, mercados, cementerios, viviendas sociales, centros de recreación, etc.

Esta es una proyección de las ventas actualizada para el 2025 por asociaciones público-privadas y proyectos en activos. Hasta el momento, son 34 proyectos que van a ser aplicados y por un monto superior a los 8 mil millones de dólares.

Esto continuamente está cambiando porque cada vez hay más entidades y más municipalidades, gobiernos locales que se están acercando a ProInversión para firmar convenios y poder utilizar alguna de las opciones.

Igualmente, para el año 2026 el monto es casi similar o similar. Cambia la cantidad de proyectos, básicamente, tenemos proyectos en transporte, salud, educación e hidrocarburos, los que más... también tenemos proyectos en el sector turismo.

Lo que sí quería era comentar algo de las oportunidades de mejora y el plan BIM Perú impulsado por el Ministerio de Economía y Finanzas que ha sido el que ha lanzado, hace un par de años o un poco más, y la idea es que poco a poco se vaya implementando.

En ProInversión nosotros ya estamos utilizando... ha sido una de las entidades que ha sido elegida por el MEF para hacer los pilotos de implementación BIM. Nosotros tenemos los proyectos nuevos ya estamos exigiendo a los consultores que los proyectos se presenten utilizando la metodología BIM. Para los proyectos adjudicados, que ya estaban avanzados, que ya teníamos expedientes a nivel de prefactibilidad o factibilidad, se ha incorporado que, durante la etapa de la evaluación de los EDIS, se utilice la plataforma BIM, lo cual va a permitir agilizar el proceso de elaboración y aprobación de los EDIS.

Tenemos, en este momento, un proyecto que fue adjudicado el año pasado, que ya se va a firmar el contrato en las próximas semanas. Es el proyecto ferroviario Huancayo-Huancavelica, donde tenemos la ejecución BIM. Acá es importante indicar que nosotros, adicionalmente al concesionario y el concedente, tenemos a un regulador, que, en este caso, es OSITRAN.

Entonces, son más personas las que tienen que opinar y que, al final, dan su conformidad al proyecto definitivo que presente el concesionario.

Por otro lado, se está evaluando utilizar la figura del PMO para las diferentes etapas en las que participa ProInversión. Hasta el año pasado, solamente se ha quedado hasta la firma del contrato. Ahora nos han encargado funciones adicionales en la parte del seguimiento en el diseño de construcción. Entonces, por eso es que es importante tener la figura del PMO.

También se ha considerado contratos NEC4, en este caso, nosotros tuvimos una reunión con la Embajada Británica para ver... justo estaban ellos por lanzar la versión oficial del NEC4 en español, entonces, tuvimos una reunión que, en tanto, no tenían ellos dentro del NEC4 ningún acápite referido a finanzas. A nosotros nos interesa, pues, entonces, logramos que ellos nos evalúen y nos digan que lo pueden hacer. Va a haber un file o una suite de NEC4 en el que se incluya finanzas, lo cual va a ayudar enormemente a mejorar los contratos.

Por si alguien ha estado viendo los proyectos en ProInversión, en este último proyecto que les acabo de mencionar, tenemos un contrato que tiene 1700 páginas. Imposible de leerlo.

Karina Zambrano Blanco: ¿Y cuál es la solución de controversias?

Óscar Bravo: Está la junta de resolución de disputas. Se ha incorporado, tuvimos algunas objeciones, curiosamente, no de parte de los postores, sino de algunos centros de arbitraje que indicaban que los requerimientos que habíamos indicado para los técnicos o los adjudicadores técnicos eran excesivos.

Karina Zambrano Blanco: ¿Qué pusieron?

Óscar Bravo: Quince años de experiencia.

Karina Zambrano Blanco: Muy bien. Es lo mínimo... veinte...

Óscar Bravo: Sí, realmente, en un tema que es bastante complejo, y considerando que los proyectos que manejamos es diseño, construcción, operación y mantenimiento, necesitamos alguien que tenga suficiente experiencia y capacidad de poder entender que no solo es hacer el diseño o no solo es hacer la construcción. Hay que operar y mantener eso durante 25 o 30 años. Entonces, por eso es que creo que 15, incluso, podría ser hasta bajo.

Karina Zambrano Blanco: Sí, veinte...

Óscar Bravo: Lamentablemente, en el Perú no hay demasiados expertos en este tema. Creo que es importante que se entienda que no es una exigencia muy alta y que el objetivo es que esté en condiciones de poder resolver y ayudar a resolver y evitar los futuros problemas.

Y, finalmente, un tema que es importante. Ya lo anunciaron. Se va a hacer una reforma de la ley de APPs, y la idea es evitar una sobreregulación como la que se tiene actualmente. Los procesos son demasiado largos. La idea es ver la forma de acortarlos.

Y, justamente, sobre el BIM quería mostrarles algo que es interesante. Esta es la forma en la que normalmente nos presentan los planos. Este es un proyecto que está, aproximadamente, a 5 kilóme-

tros de donde estamos ahora. Es un proyecto para Cusco. Entonces, normalmente es como se presentan los planos. La mayor parte acá no entenderá a qué se refieren o qué es lo que representan. Y acá tenemos un video sobre lo mismo.

Este es un túnel, dentro del túnel está la salida... (se exhibe video). La idea es que utilizando la plataforma bien, podemos, sin haber movido un metro cúbico, podemos saber cuál es la perspectiva y qué es lo que esperamos y ver en cada caso, si lo que estamos planteando tiene lógica o no.

En este caso era un proyecto que atravesaba inicialmente un bosque de eucaliptos que iba a desaparecer al realizar el proyecto, y luego cruzaba una zona donde había, incluso, colegios. No tiene sentido que, por hacer una vía de evitamiento, perjudiquemos a los escolares y a toda la infraestructura que ya está consolidada.

Como les comenté, ahorita tiene 5 kilómetros. La primera parte está donde está este parque de aventuras, donde hacen tirolesa y va por ahí, camino por ahí. Y la parte final. Finalmente, nos permite ver, mantener todo en una plataforma de este tipo BIM y se puede ver cómo se va desarrollando el proyecto, incluso, antes de haberlo construido, antes de haber elaborado los planos se puede hacer toda la codificación y ver cómo va a quedar y cómo va a ser el impacto de todo el proyecto. Es una gran ventaja.

Esto también va a permitir algo que comentaba en la mañana con Edison, que es, en las etapas tempranas se puede detectar todas las interferencias. Esto de las interferencias, aparentemente, cuando uno habla de interferencias solo piensa en las interferencias externas: postes de luz, cruces de tuberías; pero hay otras cosas que son igual de importantes: las interferencias internas, sobre todo, en proyectos; por ejemplo, la Línea 1 no se hizo con BIM. Y cuando estaban construyendo, la parte que estaba encargada del sistema contra incendios quería perforar las vigas porque son ingenieros y eso es un absurdo; es una incongruencia. Querían perforar porque decían que tenían que pasar las vigas, cruzar las vigas por una tubería recta. Si eso lo hubieran hecho con BIM, se hubiera detectado y se hubiera planteado otra solución.

Se reduce, enormemente, el riesgo y se puede identificar con anticipación dónde podría haber algún problema.

Muchas gracias, les dejo al final, si alguien quiere ver más información, los *links* a la página de ProInversión y a las guías metodológicas donde está claramente explicado cuáles son los requisitos, cuáles son los diagramas de flujo, todos y cada uno de los sistemas que se están utilizando actualmente.

Gracias.

Carlos Daga: Gracias, Óscar. Muy interesante tu intervención.

Bueno, el siguiente panelista es un amigo brasileño, Claudio Graeff. Él nos va a compartir la experiencia que tienen en Brasil, y el no apoyo total financiero que existe a los proyectos. Nos va a contar cómo los contratistas se enfrentan a este desafío del financiamiento.

Claudio Graeff es socio de KPMG Brasil. Él es ingeniero químico con un MBA en Negocios y Finanzas. Lidera el área de infraestructura de KPMG en infraestructura y proyectos de capital. Tiene más de 25 años de experiencia en roles de alta gerencia en empresas de energía, infraestructura, minería, logística y petroquímica. Posee vasta experiencia en proyectos y operaciones.

Le damos la bienvenida a Claudio.

Claudio Graeff: Gracias, Carlos.

Buenas tardes a todos. Gracias también por la invitación. Es muy bueno estar acá porque desde el día de ayer estuve escuchando muchas cosas. Gracias por la oportunidad por estar en sábado en el evento en Perú.

Hablemos de financiamiento. Estamos hablando de plata para hacer acá todos los proyectos que América Latina necesita. Y ahí estuve como líder KMPG en la parte de infraestructura.

Yo estuve actuando unos años con ProInversión acá en Perú, también en Colombia, BNDES en Brasil; y todos tenemos ahí una búsqueda por necesidad de inversión en infraestructura en los países. América Latina necesita de mucha inversión. De esa inversión que va de escuelas, de hospitales, cárceles, pero también de la infraestructura básica. Estamos hablando de carreteras, ferrocarriles, metros, *subways*, y además de energía también que necesitamos acá.

Pero todo esto, ahora, en el momento en que estamos en América Latina, tenemos un agravante que todo esto que necesitamos hacer tiene que tener una visión de sustentabilidad.

Entonces, hoy toda inversión que se hace necesita tener ahí un cuidado con el medioambiente o la sociedad, y con la gobernanza de esos proyectos.

Y, cuando hablamos de dinero, entonces, tenemos que hacer muchos proyectos, América Latina necesita de esto. De dónde va a salir todo este financiamiento para estos proyectos.

Y ahí vamos a dividir. Entonces, hay herramientas en los países desarrollados, como APPs, como concesión, hasta proyectos del propio gobierno que tiene que hacer esto, y ahí quedamos con el problema de los contratos, porque hay mucho proyecto para hacer y hay contratos para que eso sea ejecutable en los sucesos de los contratos, es la visión y la meta de todos.

Ahí creamos instrumentos para que demos seguridades para los proyectos y para el contratista y el contratante.

Entonces, se ha creado y se ha adaptado en la opción para arbitraje, que es una herramienta muy buena en Brasil que, en vez de acudir a una instancia judicial, nos hace quedar más de diez años en una discusión con el contrato.

Entonces, el arbitraje ha venido para ayudar a designar el riesgo que tiene un contrato de concesión y también garantizar una solución más rápida para estos proyectos y garantizar allí que el proyecto sigue conforme a lo planeado.

Y ahí hablamos de riesgos. Entonces, por ejemplo, en Brasil un contratista necesita de inversión para hacer un contrato. Desafortunadamente, ahí hay un estudio de BNDES del Banco Nacional de Hacienda y Desarrollo, hizo un estudio en el que se vio que el fideicomiso es una herramienta muy importante y desarrollada por los países de América Latina, pero en Brasil no hay esta herramienta. Entonces, todos tienen que buscar una línea de financiamiento realmente independiente, por ellos mismos.

Yo tengo una APP, yo tengo una concesión. Yo solo abrí una APP para hacer esto, yo tengo que buscar esta línea de financiamiento independiente, y muchas veces, se va para ventas normales regulares del mercado con las tasas mucho más altas, lo que una línea de financiamiento de un túnel, por ejemplo, está desarrollando este tipo de actividad.

Entonces, y cuando escucho acá desde ayer y hoy por la mañana, también durante el día, cuando una contratista necesita hacer un proyecto, y cuando algunos países como Perú acá y ahí también es

que supe que Perú tiene soluciones muy interesantes para esto, y es el país que mejor está utilizando estos instrumentos, tenemos ahí; es decir, yo en Brasil, cuando tengo un contrato para hacer, usted no tiene adelanto. No, usted tiene que ejecutar el contrato y, además, tener que pagar. Se dice que el pago se hace después de la medición, tiene como 60 o 90 días para recibir la cantidad que usted ejecutó.

Entonces, el contratista empieza a tener problemas financieros para hacer la obra, y, a su vez, empieza a tener retenciones del contrato porque no se está desarrollando, no se está realizando como se dice; entonces, ahí empieza la reducción de los ingresos por el contratista, y ahí él va a tener que recurrir al mercado con las tasas mucho más altas de interés para poder garantizar ahí la solución: ejecutar la obra y no tener problemas.

Entonces, cuando hablamos de inversión para este tipo de proyectos, y al principio por qué hay problemas en la ejecución del contrato. Tenemos algunos ejemplos acá como Perú, que es muy interesante esta cuestión del fideicomiso, esta creación de esos instrumentos que van a garantizar hasta el mismo 40 % de la deuda para el contratista. Es muy bueno.

Entonces, ese es un tema importante, de hecho, es muy interesante para que se tenga suceso en los proyectos porque el proyecto, cuando se empieza, nadie quiere tener ahí una montaña encima de otros. Sí se puede pensar que la obra se concluya en el tiempo, el plazo, y las calidades porque el cliente de un proyecto de infraestructura no es del gobierno en la construcción.

Entonces, más vale pensar que la obra tenga suceso en plazo y precio porque, cuando tenemos un hospital que está retrasado en la construcción que está sufriendo por un temita. Y hablamos acá de soluciones, hablando de tecnología de BIM.

El sector de construcción en América Latina, aquí mismo, en una forma general, es el más atrasado del mundo, y Brasil, incluso. Y eso hemos estado mirando hoy, por qué el área de construcción no tiene la misma inversión en tecnología como lo tiene, por ejemplo, el área automovilística, el área de salud, entre otros. Y ahí no más vemos que falta inversión, falta financiamiento, falta que el sector consiga llegar a donde se quiera. ¿Por qué? Muchas veces tenemos maquinaria, los equipos que están ahora son equipos de más calidad, cuyos mantenimientos están teniendo problemas de performance y de productividad. Muchas veces no se tiene un sistema de inteligencia, de soporte para tomar decisión. Y ahí tenemos otros ejemplos, como Inglaterra, Australia, donde desde el 2016, esta es una inversión, el gobierno abrió una línea de crédito para que las constructoras tengan un desarrollo; la cuestión del personal, la calificación del personal, la calificación de la tecnología y la cuestión de los equipos que van a usarse porque esos países entendieron que cuando se tiene contratistas con experiencia, con calidad no hay retrasos.

Entonces, se hizo inversiones. Entonces, Perú es un país hoy que utiliza este tipo de conocimiento desarrollado por Inglaterra con cuestionamientos los Prospect Founds que existen allá y ese soporte, justamente, es lo que tienen que contratar las empresas de Inglaterra, que tienen especialidad, que tienen conocimiento.

Entonces, volvemos a la cuestión de que necesitamos hacer infraestructura, pero necesitamos de inversión, necesitamos de financiamiento para que tengan suceso nuestros proyectos.

Y además, un ejemplo que no es bueno, y hablamos acá de modelos de contratos, que ayer, por ejemplo, que América Latina, como todo está trabajando muy fuerte, por otro lado, en Brasil, la utilización de contratos FIDIC y otros tipos no es posible porque nosotros tenemos una ley, una legislación muy, muy compleja, tal vez, la más compleja del mundo, y esto se debe también, aparte de los impuestos, porque hoy Brasil es el país más complejo en cuestión tributaria del mundo.

Y para que ustedes que son muchos abogados acá, la ley del Brasil es muy capaz de tener un sitio entero de abogados, como imperio entero de abogados, y la gran mayoría sería para la parte de impuestos, la parte de tarifario, la parte de *tax*.

Entonces, es un problema que genera y ahí tenemos muchas cuestiones que tenemos que mirar ahí bien un poquito.

Entonces, justamente, aquí eso es lo importante. Hablamos de tribunal arbitral para la solución de los conflictos en un contrato, los riesgos y la necesidad de que debemos de tener buenos proyectos e, incluso, un desarrollo eficiente en la madurez de los proyectos.

Y volvemos a la cuestión de los contratistas. Muchos de los proyectos que nosotros tenemos, llegan con la madurez muy baja. Entonces, el contratista muchas veces hace una oferta cuando el proyecto no tiene la madurez suficiente para que tenga ahí una solidez en la oferta que está haciendo para ganar. Y ahí empezamos los problemas, y ahí va a tener reclamos, cambios, porque el cambio es, justamente, que es un proyecto con baja madurez.

Entonces, hablamos de financiamiento para contratistas y también para los proyectos, y eso es lo que estamos haciendo acá, buscando soluciones, buscando las herramientas, conocimiento para que tengan uso y se utilicen estos proyectos acá en el Perú.

Muchas gracias.

Carlos Daga: Sobre todo, para resaltar lo bendecidos que somos acá en el Perú, el poder tener mecanismos de financiamiento para el desarrollo de la inversión pública.

Presento al último panelista, al doctor Reynaldo Herrera Chavarría. Él es abogado de profesión con Maestría en Derecho Empresarial. Ha tenido estudios en Argentina. Conoce bastante bien, sobre todo, lo que son *dispute boards* en Centroamérica, en su país, El Salvador, donde él desarrolla su ejercicio profesional y también en la DRBF desde el año 2020.

Reynaldo va a tocar un tema importante. Siempre hablamos de la parte del financiamiento para el contratista, pero ¿qué sucede cuando el contratante no garantiza que cuenta con los recursos para pagarle al contratista? Y, entonces, es un desarrollo que genera incumplimientos por parte del contratante y antes de su intervención en el café, decíamos: «Oye, verdad, pues, el contratante exige al contratista fianzas, pólizas de caución, pero el contratista no le exige nada al contratante. Se da por supuesto que cuenta con el financiamiento adecuado, y ni qué decir del Estado. El Estado nunca da garantías.

Reynaldo, te doy el uso de la palabra. Tenemos 8-10 minutos máximo.

Reynaldo Herrera Chavarría: Listo, bueno, siempre digo que voy a hablar poco... así que, por favor, díganme el tiempo porque siempre me paso.

Bueno, primeramente, gracias. Encantado de estar acá, Karina. Encantado de haber recibido la invitación, de parte tuya y de la Asociación Zambrano, y muy honrado también de que me hayan puesto en este panel. Soy el novato de acá, un placer y un honor de estar acá con estos grandes señores con quienes he aprendido mucho de financiamiento.

Para poner en perspectiva de lo que ya había dicho mi colega panelista, voy a también yo a hacer un punteo de las cosas que quiero exponer.

Lo primero es que cuando yo me refiera a FIDIC, porque mi experiencia no es con NEC, lamento decirlo, en El Salvador, particularmente, no se utiliza el contrato estándar de NEC, sino, más

bien, el de FIDIC. Entonces, cuando yo me refiera a FIDIC en mi intervención, que se entienda que me refiero, particularmente, al famoso Libro Rojo de la versión 2017 con enmiendas en 2022, que es, precisamente, el que está acá de la construcción de obra cuando es el cliente o contratante el que ha elaborado, pues, el diseño.

En este sentido, FIDIC sí contiene alguna reglamentación o alguna cláusula referida al tema del financiamiento; y, particularmente, como lo decía mi antecesor, tiene algunas cláusulas relativas al financiamiento del contratante, lo cual es muy importante.

Tal vez, por el momento, no sea suficiente porque la casuística, en este sentido del financiamiento, es demasiado amplia, demasiado grande, pero, al menos, hay algo, y eso ya nos da una ventaja al tomar el FIDIC como un contrato estandarizado.

Entonces, ¿qué es lo que sucede? Sucede, pues, que, en obras de gran importancia, el Estado no tiene la capacidad de pagar al contratista para la ejecución, sí, para la construcción de la obra, y tiene, se ve obligado, prácticamente, a recurrir a agencias internacionales, agencias o bancos de desarrollo para conseguir el financiamiento de la obra y poder cumplir con una de las obligaciones más importante que tiene el contratante, que es pagarle al contratista.

Entonces, ¿qué es lo que sucede? Que cuando el contratante o cliente va a alguna de estas agencias de desarrollo, le dice la agencia de desarrollo: «Te lo podemos dar, pero hay ciertos requisitos que tienes que cumplir. La plata está ahí, pero es bajo mis condiciones».

Una de esas condiciones más comunes, en el caso, por ejemplo, nuestro, que el gran financista del Estado es el Banco Interamericano de Desarrollo.

Entonces, ¿qué me dice el Banco Interamericano de Desarrollo? «Vas a ocupar bueno FIDIC y me vas a poner resolución de conflictos con un DAB».

Hay otras condiciones, pero esa condición, que es la que me atañe a mí para mi exposición, es una de las más importantes, ¿Impuesto, no? El contratante, el cliente, el dueño de la obra se ven en la posición de «o lo tomo o lo dejo». Y, generalmente, como necesita la plata, tiene que tomarlo bajo estas condiciones.

Debe de incorporar, entonces, en las condiciones particulares del contrato, cómo va a ser el funcionamiento del DAB. Y, cuando digo DAB, aquí entiendo que se llama JRD, y que entiéndase que comprende, tanto la parte preventiva como la parte de toma de decisiones, como la parte resolutoria de los conflictos. Debe de entenderse que son ambos, conforme lo hace el contrato estandarizado del 2017 de FIDIC.

Entonces, uno de los problemas que el FIDIC aborda es cuando, en ciertas condiciones que plantea la cláusula 2.4, que es la que nos habla del financiamiento del contratante, lo de los arreglos que ha hecho el contratante para poder financiar la obra.

Hay ciertos momentos en que el contratista puede exigir, tal como lo planteaba anteriormente, que el contratante compruebe que tiene los fondos suficientes para poder parar la obra.

Esto no es en todos los casos. Hay varios casos que se plantean en el modelo FIDIC, pero no me da tiempo para explicarlos todos. Entonces, voy a ir a uno de los más frecuentes.

Puede ser que, por medio de una instrucción del ingeniero, el monto contractual se amplíe. Entonces, en el contrato hay un monto pactado, pero con esta variación, entonces, el contratista puede exigirle al contratante que le compruebe que tenga los fondos suficientes para pagarle esa variación.

Entonces, FIDIC establece que, cuando esa variación es superior al 10 %, el contratista tiene ese derecho.

Otra de las más comunes es que una suma o un cúmulo de variaciones durante la ejecución del contrato que llegue al 30 % del monto contractual original, también le da derecho al contratista a pedirle al contratante que le compruebe que tiene los fondos suficientes para pagarle todas esas variaciones.

Entonces, aquí viene la parte interesante. El contratista tiene ese derecho, pero cuál va a ser la posición de la contratante ante tal requerimiento. Y lo que hace es establecer un tiempo para que el contratista pueda responder, y, si no responde, entonces, en la cláusula 16.1... si no responde o no comprueba suficientemente, la cláusula 16.1 y 16.2 del Libro Rojo de FIDIC, nos hablan, entonces, de otro derecho del contratista, que es el derecho a la suspensión de los trabajos (en la 16.1) y el derecho a resolver el contrato por no haberle comprobado el contratante que tiene los fondos suficientes para poderle pagar las variaciones.

Claro, hay ciertos requisitos que se deben cumplir; esto no es automático. Uno de los requisitos es que debe haber un aviso por parte del contratista con un cierto período de antelación, en donde, nuevamente, se le requiere, se le da una segunda oportunidad al contratante para que compruebe que tiene los fondos suficientes para poder pagar estas variaciones.

Y ustedes me preguntarán, entonces, ¿y qué tiene que ver el DAB en todo esto?

Y yo creo que la mejor forma de explicarlo es con un caso práctico que tuve como DAB, en donde existía el siguiente problema. El contratista se sentía con derecho a una variación, cambio de plazo como del monto. Y, entonces, pasaron al ingeniero, y el ingeniero lo que dijo fue que por ser el contrato de suma alzada, la opinión del ingeniero, por ser el contrato de suma alzada, no podía haber ninguna variación, por ningún motivo del mundo sobre la suma del contrato. Sí, es lo que dijo el ingeniero.

Entonces, llego yo a la visita de la obra, y yo acostumbraba en la visita de la obra hacer dos reuniones; la de la visita de la obra, y, luego, por continuación de ello, abrir la mesa con contratista, supervisión y el cliente para que expusieran todos.

Entonces, en eso me dicen: «tenemos un problema», y ya me cuentan lo que les había dicho el ingeniero. Entonces, ¿qué sucedía? En el fondo, el contratante estaba de acuerdo con el contratista, pero no podían hacer la modificatoria contractual porque necesitaban la decisión de alguien. Entonces, lo que hicieron fue elevar el conflicto ante el DAB para obtener la decisión. ¿Y la decisión qué era? Una simple interpretación contractual de si el contratista tenía o no tenía derecho a la variación en un contrato de suma alzada.

Entonces, y me dijeron todavía: «Tenemos otro problema: no tenemos tiempo».

Entonces, me pidieron que el plazo de resolución de la controversia fuera mucho menor al pactado en el contrato, y ya con la decisión que se tomó por parte del DAB, entonces, el contratista pudo, en adelante, ir haciendo las reclamaciones, y es así como se han ido haciendo las variaciones y se ha acudido al banco para comprobar y para no tener ninguna objeción del banco para comprobar que existen los fondos suficientes para poder pagarle al contratista las variaciones.

Gracias.

Carlos Daga: Muy buen panel. Muchas gracias, Karina.

PANEL XIV. ¿CÓMO COMBINAR CLÁUSULAS ESCALONADAS DE CONCILIACIÓN, MEDIACIÓN, JRD Y ARBITRAJE PARA PREVENIR Y RESOLVER CONTROVERSIAS DE CONSTRUCCIÓN?

Amalia Cardona (moderadora)

Miguel Ángel Arias

Christian Fernández

Christian Estrada

Marco Paz

Grover Calvo

Karina Zambrano

Marcela Filloy: Buenas tardes. Karina me ha pedido que la presente. Creo que ya todos estamos aquí, precisamente, por el compromiso de ella con el tema que Karina ha estado promoviendo el uso de los DAB desde hace 25 años, y en el 2018 fundó la Asociación Zambrano Centro de Arbitraje y JRD; y, bueno, todos sabemos su capacidad de convocatoria y creo que, Karina, has tenido un éxito más con este congreso. Creo que las discusiones han sido, no solo interesantes sino profundas. Ahora lo que toca es empezar a trabajar en los retos que se discutieron aquí.

Karina te doy la palabra para que...

Karina Zambrano Blanco: Muchísimas gracias, un fuerte aplauso para Marcela.

El nombre del panel es ¿Cómo combinar cláusulas escalonadas de conciliación, mediación, JRD y arbitraje para prevenir y resolver controversias de construcción?

Para esto hemos invitado primero a dos expositores, uno de ellos es Amalia Cardona de Puerto Rico y Miguel Ángel Arias de Costa Rica. Los escuchamos, por favor.

Amalia Cardona: Buenas tardes, mi nombre es Amalia Cardona, vengo de Puerto Rico, trabajo en mediación y voy a estarles hablando sobre las ventajas del uso de la mediación en la resolución de controversias de construcción.

Bien, como introducción, la mediación, desde la pandemia, se empezó a utilizar como una alternativa a que los tribunales estaban abarrotados de casos, y llegar a una resolución de controversias era mucho más fácil activando la cláusula de mediación, que está en el artículo 16.1 y que se encuentra en los contratos que en Puerto Rico todos son normados y se incluye la cláusula de mediación como enfoque clave para evitar largos litigios y reducir costos.

Así que, desde mi perspectiva, yo les voy a hablar de las diez ventajas que yo entiendo, a través de los años de práctica que tiene el uso de la mediación para resolver estas controversias.

Pasamos a la primera ventaja. La primera ventaja del uso de la mediación es que se reducen los costos legales y administrativos, comparado con el arbitraje que es más costoso, en el litigio en sede judicial, y el impacto económico se da en el tiempo.

La ventaja básica número 1 yo la resumo en que facilita la continuación de la obra.

Vamos a la ventaja número 2, por favor. La ventaja número 2, acelera la resolución de la disputa. La razón es que, usando la mediación, el tiempo se acorta. ¿Por qué? Porque eso es parte de las mismas reglas de mediación, que se haga en un tiempo prudente, en un tiempo corto.

Básicamente, esa es la segunda ventaja del uso de la mediación.

La tercera ventaja. La tercera ventaja es que utilizar la mediación mantiene las relaciones comerciales. La mediación es un proceso transformacional, es un proceso que lo que busca es la comunicación, fomentar la comunicación, donde se va siempre de lo negativo al acuerdo, por lo cual, el retomar las relaciones comerciales futuras, se facilita. Conocemos que en estas controversias, lo más importante es que la relación comercial se pueda continuar dando.

Vamos a la ventaja número 4, por favor. La ventaja número 4 es que la mediación permite soluciones más flexibles y creativas. Al ser voluntario el proceso, las partes lo ven como uno más flexible e informal que el proceso judicial, por supuesto, y esto estimula más la participación libre de

las partes. Las partes se sienten libres de llegar a un acuerdo de mediación, y lo ven como algo que surge de ellas, no de terceros.

Pasemos, entonces, a la ventaja número 5. La ventaja número 5 es que, al utilizar la mediación, disminuye la incertidumbre del litigio. Una vez se entra en terreno litigioso, en terreno ya judicial, pues, se pierde control del tema. Entonces, se tiene control absoluto durante la mediación de lo que se está o se estará manejando, y se valida mediante el acuerdo de mediación al final del proceso.

Pasemos a la ventaja 6. La ventaja 6 es que la mediación implica la planificación y la cooperación.

La mediación, en absoluta voluntariedad, las partes se vuelven más comunicativas, según llevan a cabo el proceso y más participativas, sin presión de terceros ajenos al proceso. Esto lo que hace es que, no solamente facilita el que haya más comunicación, sino que también se crea unas relaciones de mayor compromiso en llegar a la solución de la controversia.

Pasemos a la ventaja número 7. La mediación, como parte de su esencia, protege la confidencialidad del conflicto. Todo se queda en casa. Lo que se maneja en la mediación, básicamente, una de las reglas de verdad de la mediación, es que es confidencial y que solamente las partes son las que van a estar manejando la forma de solucionar la controversia.

Pasemos a la ventaja número 8. La ventaja número 8, por lo menos, en Puerto Rico, yo podría decir que se convirtió, sobre todo, después de la pandemia que los tribunales se cargaron de casos, y los calendarios, entonces, están bastante inaccesibles para tratar estos temas rápidamente, así que la ventaja número 8 es que, al sacar la controversia, llevarla a la solución a través de la mediación, se evita el tener que esperar meses para ser atendido, y esto, obviamente, en una controversia, lo traducimos también en los costos de la dilación de solucionar un problema de obra.

Pasemos a la ventaja número 9. La ventaja número 9 es que la mediación refuerza la seguridad jurídica en contratos de construcción. Ya se considera como algo posible que da resultado, y esto lo estamos viendo cada día con mayor, yo diría, entusiasmo de que se utilice la mediación, porque la inclusión de las cláusulas escalonadas en los contratos normados, proporciona, pues, una mayor claridad y seguridad a las partes, y cuando se decide que se va a utilizar una cláusula escalonada para el compromiso de la solución, básicamente, no solamente le da fuerza a lo que se va a hacer, sino también a lo que se escribe en el contrato, que no es letra muerta, que, sencillamente, una vez nosotros tenemos resultados positivos al utilizar la cláusula escalonada para poder llevar una controversia o sacarla de lo que sería el camino al proceso jurídico, pues, eso le da más confianza para continuarla utilizando.

Por último, la ventaja número 10. La ventaja número 10 de utilizar la mediación en la resolución de conflictos en construcción, es que permite cumplir con regulaciones locales y buenas prácticas internacionales, sobre todo, mantener que el imbricado de proyectos de construcción se mantenga estable.

Todos conocemos que, en muchos países, incluyendo Puerto Rico, el uso de mecanismos alternativos de resolución de disputas está alineado por las mejores prácticas internacionales. En el caso de nosotros, pues, con los Estados Unidos.

Las cláusulas escalonadas no solo facilitan el cumplimiento normativo que establecen todas esas regulaciones, sino que también fortalecen la posición de las empresas en contratos con otras entidades internacionales fuera del ámbito local.

Así que, como conclusión, el uso de las cláusulas escalonadas, incluyendo la mediación es una estrategia efectiva para resolver disputas en la construcción en Puerto Rico, y su implementación fortalece la eficiencia y la sostenibilidad del sector. Muchas gracias.

Karina Zambrano Blanco: Muchas gracias, Amalia.

Amalia es una experta en mediación y en Puerto Rico, la mediación tiene 70 % de satisfacción. Entonces, se trata de algo bueno, bonito y barato, porque han suscrito el Convenio de Singapur, entonces, se soluciona rapidísimo y ella tiene una vasta experiencia y va a ser muy importante que llegue al Perú para ayudarnos con eso.

Gracias, Amalia. Un beso.

Amalia Cardona: Siempre a la orden.

Karina Zambrano Blanco: Gracias a ti.

El siguiente expositor es Miguel Ángel. Miguel Ángel Arias es abogado, es de Costa Rica, pura vida. Además, es árbitro y adjudicador.

A Miguel, por su naturaleza, por su ser se le identifica más como un nato conciliador.

Miguel, ¿cómo estás? Bienvenido.

Miguel Ángel Arias: Hola, hola. Saludos. Lo malo de este panel es ser la antesala de la República del Pisco, desafortunadamente.

Karina me pidió que hablara sobre cláusulas escalonadas. Entonces, como solo tengo ocho minutos y vemos que la moderadora es bastante estricta con el tiempo, voy a ir bastante rápido.

Bueno, todos sabemos que el tema de las cláusulas de resolución de controversias son lo último que se negocia en un contrato, y, por ser lo último, es, desafortunadamente, la cláusula a la que menos atención se le presta. Por eso, cuando llegamos a la etapa de las controversias, si las cláusulas que se pactaron no están claramente determinadas, vamos a tener serios problemas. De ahí que yo elaboré una lista de lo que yo considero que son pautas o recomendaciones para evitar que las cláusulas de resolución de controversias sean patológicas.

Entonces, voy a ir, bueno, sobre todo, cuando estamos hablando de cláusulas escalonadas, es más complicado, puesto que vamos a tener varias etapas o varios mecanismos trabajando de forma sucesiva para encontrar una solución, si no la encontramos en las primeras etapas.

Entonces, primera recomendación: no busquemos lenguajes complicados, redacciones alambicadas; no tratemos de impresionar al cliente. Pensemos, cuando redactemos la cláusula, en una forma sencilla y clara, estableciendo algunas cosas que ahorita las vamos a ver, pero la recomendación siempre va a ser utilicemos cláusulas modelo de los diferentes centros a los que tenemos acceso o donde pensamos que vamos a llevar la controversia para que se resuelva. Esas cláusulas modelo, como pueden ver, le puse *bullet proof*, son a prueba de balas, ya han sido probadas, ya han sido redactadas por personas que conocen muy bien el tema, de manera que no inventemos el agua tibia. Ya todo está dicho, de manera que tenemos una herramienta eficaz y suficiente para incorporarla a nuestro contrato.

Otra situación que yo he percibido en algunas situaciones es que se establecen mecanismos optativos. Si nosotros queremos reforzar y obligar a la otra parte para que acuda al mecanismo, cualquiera que sea, no podemos decir «podrán acudir». La palabra que tenemos que utilizar es «deberán», «quedan obligados» o «no podrán renunciar».

Todos sabemos que en el tema de la cláusula arbitral, las partes quedan obligadas, pero hay gente que, a veces, en los contratos dicen: «podrán acudir al arbitraje». Ahí ya echaron a perder la cláusula.

Entonces, tenemos que ser muy claros en que el lenguaje tiene que ser preciso, contundente y vinculante, sobre todo, para que las partes estén obligadas a asistir, a acudir al mecanismo.

Hay que establecer también, claramente, la posibilidad, y esto porque en una jurisprudencia, en Costa Rica, se estableció, si la conciliación, como etapa previa al arbitraje, generaba un problema de incompetencia del tribunal arbitral.

En Costa Rica se definió que, siendo que la mediación es voluntaria, el brincarse la conciliación y acudir inmediatamente al arbitraje, es una renuncia tácita. Sin embargo, creo que la interpretación de esa renuncia tácita no es uniforme.

Entonces, podría ocurrir, como ha ocurrido en algunas situaciones, en que el tribunal arbitral se declara competente y, al final, en el laudo, cuando se plantea la nulidad, el laudo se anula porque no se acudió a la mediación.

Entonces, hay que tener claridad en cuanto a cómo se puede tener por renunciada la etapa de la mediación para poder acudir al arbitraje.

Es muy importante que tengamos claridad en cuanto a los tiempos, cuánto va a durar cada una de las etapas o cuántas audiencias se van a utilizar para cada mecanismo, para que se agote en el tiempo que está previsto. Si lo dejamos abierto, es muy posible que alguna de las partes trate de boicotear el mecanismo y le dé largas, y lo que estamos buscando siempre es, como decía Amalia, encontrar una solución pronta que permita que las partes mantengan esa relación, y, sobre todo, en función del proyecto, cualquiera que sea.

Entonces, tener claridad en tiempo de duración o cantidad de audiencias y cuánto van a durar esas audiencias. Claramente, las partes podrán modificarlos, si lo tienen a bien.

Muy importante tener claridad en cuál es el método que vamos a aplicar. Si vamos a establecer negociación directa, mediación, conciliación, *dispute board*, arbitraje.

Si es un *dispute board*, tenemos que tener claridad en cuanto a si es permanente o si es *ad-hoc*. No dejar eso para una interpretación o una discusión cuando tengamos el problema encima.

Si es un *dispute board*, si se pueden hacer soluciones formales o informales; cómo va a estar integrado el *dispute board*.

Si es el arbitraje, definir qué tipo de arbitraje vamos a enfrentar, si es de derecho, de equidad o arbitraje pericial. Si es institucional o si es *ad-hoc*.

Muy importante, cuando se hace referencia a alguna institución, tener claridad en relación al nombre de la institución a la que vamos a llevar el mecanismo. ¿Por qué? Porque, en muchas ocasiones, se inventan nombres o no verifican el nombre de la institución, y a la hora de plantear el proceso, no se sabe realmente cuál es la institución donde vamos a tramitar el proceso; llámese mediación, llámese arbitraje; llámese *dispute board*.

¿Otro elemento importantísimo, cuál es? La normativa procesal y de fondo que vamos a utilizar para resolver el conflicto o que van a utilizar los panelistas, los mediadores o los árbitros. Tener claridad en cuanto a la ley procesal y la ley de fondo; tener claridad en cuanto al número de integrantes del, ya sea un mediador, o el *dispute board* o el tribunal arbitral, las calidades de los integrantes, los conocimientos o la experiencia que queremos para ese caso de cada uno de los miembros del panel. ¿Cómo se nombran o quién los nombra?

En caso de que las partes no hagan el nombramiento, establecer una entidad nominadora. ¿Cómo se pagan los honorarios? El idioma, la confidencialidad y ahí les dejaba la pregunta: ¿Qué cambiarían o agregarían ustedes?

Estoy para servirles. Que disfruten República del Pisco y se tomen un pisco a nombre mío.

Karina Zambrano Blanco: Muchísimas gracias. Quedó clara la exposición. Muchísimas gracias. Un fuerte aplauso.

Bueno, ¿cuál es la idea del panel? Antes de dar paso a los siguientes expositores.

La idea del panel es recordar cuál es la lógica de las cláusulas escalonadas.

Y cuando hablamos de cláusulas escalonadas, hablamos de MARC. ¿Y cuál es esta lógica? Primero, es darles prioridad a los métodos autocompositivos, y, de no arribar las partes, recién optar por un método heterocompositivo.

OK, he visto cláusulas, por ejemplo, que dicen: trato directo, transacción, negociación, mediación... no sirven, porque esos acuerdos no son ejecutables en el Perú. No sirven. No hemos suscrito la mediación de Singapur. Para un trato directo habría que hacer un reconocimiento. Para una mediación habría que, primero, hacer el reconocimiento en el Poder Judicial. No son ejecutables. En cambio, si tú pones conciliación, primero, es ejecutable. Tiene valor una sentencia consentida y ejecutoriada. Si tú pones arbitraje, es ejecutable. Tiene valor de un laudo, una sentencia consentida y ejecutoriada. Y la JRD en el Perú sí tiene uno de los artículos que dice que son decisiones definitivas.

Entonces, en ese sentido, en el Perú, incorporar cláusulas escalonadas en los contratos porque es el único país en el mundo donde la mediación no es obligatoria, la JRD es obligatoria y ahora el arbitraje es obligatorio, tengo que tener una lógica clara. O sea, no puedo incorporar en mis cláusulas trato directo, negociación, transacción, mediación. Nos vamos a suscribir recién en la mediación de Singapur, y ahí lograremos, de alguna manera, reducir las controversias, pero, mientras eso, nos centramos: primero, conciliación, de no arribar a un acuerdo, vamos recién al arbitraje. O conciliación y vamos JRD y luego el arbitraje, porque todos estos acuerdos son ejecutables, tienen calidad de sentencia, no necesitan reconocimientos previos, simplemente, se presenta un proceso de ejecución de sentencias y termina.

Segundo punto. Ahora, los mecanismos alternativos vienen del *common law*, no del civil. Entonces, se basan en principios y reglas. ¿Cuáles son esas? Autonomía y voluntad de las partes, buena fe, igualdad de las partes, debido proceso. Esas son las reglas.

Entonces, cuando tú operas o activas un mecanismo, tienes que tener en cuenta el debido proceso, la igualdad de las partes, libertad, independencia, autonomía, la buena fe; y, si no hay independencia, ya no sirve el mecanismo. Entonces, ahora tenemos casi 300 centros truchos. Imagínense lo que están dictando es cualquier cosa: tráfico de justicia, tráfico de influencias, no sé qué delito se puede llamar. Entonces, lo que hacen no son mecanismos alternativos.

Otro tema. Debemos tener presente que la conciliación en el Perú da prioridad a la voluntad de las partes y el arbitraje da prioridad a la prueba. ¿Y las JRD y *dispute boards* a qué le dan prioridad? Al proyecto.

Entonces, cuando yo utilizo esos mecanismos, tengo que vestirme del sombrero de mediador: soy muy permisivo, escucho a las partes, estoy atento; en mis sacos estoy aplicando el debido proceso. Cuando me voy a un arbitraje, tengo que evaluar rigurosamente la prueba, leer todo, todo; y cuando estoy en una JRD, voy a tener en cuenta cuál es el proyecto.

Entonces, son distintos sombreros y esa habilidad no es fácil de conseguir. Eso dura muchos años, pero tenemos que tener en cuenta cuál es nuestra función.

Y una JRD es un mecanismo que tiene dos procedimientos: primero el autocompositivo, que es como una conciliación; y el otro, que es como un arbitraje. Entonces, si yo quiero ser adjudicador, tengo que tener la capacidad de, primero, priorizar a las partes con la conciliación y con los acuerdos previos, y, de no arribar a un acuerdo, me visto del sombrero de juez y tomo decisiones. Entonces, es muy duro este mecanismo; no es fácil de aplicar.

Ahora, el objeto de las empresas es generar trabajo, ejecutar obras, hacer riquezas; no es solucionar controversias.

Normalmente, los que estamos en el mundo de las controversias somos abogados, profesionales, no tenemos el olfato de empresarios. Bueno, yo lo tengo porque soy empresaria, entonces, yo tengo que medir números, tengo que tener claro si tengo ganancia en este proyecto, en este curso, en esta actividad. Claro, Asociación Zambrano, normalmente, el congreso es con fines no lucrativos, pero tenemos que tener ese olfato. O sea, los árbitros, los conciliadores, mediadores, tienen que tener todos los días diarios de economía, revisar cómo está la situación. Es decir, tenemos que tener el olfato de la sociedad, qué requiere la sociedad, no podemos estar ciegos. Nos falta a los profesionales incorporar el tema de lo que necesitan las partes. Y, si un empresario no resuelve su controversia en tres meses, quiebra o es mísero.

Entonces, el negocio de los empresarios no es tener conflictos. Ese es nuestro negocio: resolver los conflictos. Resolver los conflictos rápidos y eficientes: bueno, bonito y barato. Inmediatamente, un conflicto que atacamos con mecanismos autocompositivos y tienen que ser muy efectivos, y, de no lograr eso, nos vamos a los heterocompositivos y tomamos decisiones ejecutables.

Finalmente, quiero invocar siempre redactar contratos, ya sean civiles, con el Estado, que tengan estas dos cláusulas. Me gustaron las intervenciones de Amalia y de Miguel. Si tú colocas en una cláusula escalonada, la palabra «puedes», olvídalos, nunca se va a aplicar ese mecanismo. Si tú quieres resolver tus controversias bueno, bonito y barato, tienes que poner «se debe». Si tú pones: «En caso de surgir una controversia se resolverá primero mediante conciliación, y de no lograr un acuerdo, se resolverá mediante arbitraje».

Bien, pasamos al siguiente tema, y, bueno, voy a pasar con mi primer invitado. Muchas gracias, Marco.

He compartido tribunal arbitral con Marco, él ha sido presidente del tribunal cuando hemos visto algunos arbitrajes y está invitado a este panel. Así que es un reconocido árbitro nacional, Marco y bienvenido.

Marco Paz: Gracias, Karina. Ya me hiciste parte del trabajo en tu exposición y agradezco tus palabras, tu invitación, y, principalmente, estar acá en este congreso que, durante estos dos días, tal vez, nosotros, con nuestra experiencia de muchos años, pensamos que sabemos todo y nos damos cuenta de que siempre hay algo que aprender. Y, definitivamente, eso es lo que ha pasado en estos dos días. Hoy en la tarde escuchaba a Edison. Edison nos decía y nos llamaba a una reflexión y decía: «Hay que tener memoria para llevar a cabo las lecciones aprendidas y ponerlas en práctica». Y creo que va en la línea con lo que está sucediendo con las cláusulas escalonadas.

El artículo 76 de la Ley General de Contratación Pública ya repite, salvo que ahora, antes estaba JRD y ahora es JPRD, pero establece los mismos mecanismos de solución de controversias, la junta, la conciliación y el arbitraje e incluye también el tema de contratos estandarizados, los cuales, los que tenemos larga data en el sector construcción estamos un poco familiarizados, digamos, con estos

mecanismos. Yo recuerdo porque yo he estado muchos años en la Cámara Peruana de la Construcción; y, bueno, yo me críe, prácticamente, con el RULCOOP, y, entonces, desde el RULCOOP ya se establecían las fórmulas en estos contratos cruzados que les llamaban, que eran los contratos entre entidades multilaterales con el Estado peruano, los cuales establecían las cláusulas FIDIC.

Y con el mecanismo FIDIC, el Libro Rojo que nosotros lo teníamos en papel con hojas de papel periódico, creo que le llaman.

Y, bueno, y ahí ya se establecía la figura del amigable componedor. Y, después, lógicamente, este amigable componedor era una fórmula de mediador, pero que era una persona, no sé si llamarle afín, pero que caía, por utilizar un término criollo, a ambas partes, muy asequible, que podía llegar a ambas partes y poder empujarlas, si cabe el término, para que puedan solucionar el *impasse*.

Entonces, esa cláusula escalonada permitía, digamos, solucionar las controversias y que las obras no se paralicen.

Entonces, no es novedad que el tema de estos contratos estandarizados que establezcan esta fórmula de las cláusulas escalonadas.

Y tenía también algunas referencias de las consideraciones que deben tener las cláusulas escalonadas, pero ya Miguel y Amalia han ido detallando algunos aspectos, y, bueno, que sí, y, nuevamente, el tema de las lecciones aprendidas que creo que, hasta ahora, no llegamos a entenderlas, aprenderlas, o, muchas veces, yo he conversado con algunos amigos funcionarios públicos y dicen: «Marco, pero nuestro principal problema es el tema del principio de legalidad. Tú sabes que, si no está en la norma, en la norma solamente nos dice que ustedes pueden acudir a las cláusulas escalonadas, pero no, la norma no nos da la pauta de si tenemos que establecer un plazo del nivel que expresa esta cláusula escalonada para activarla, hasta dónde podemos llegar y etc., etc.».

Pero, yo creo que ahí también, digamos, colisiona con el concepto de la discrecionalidad. Si el funcionario público aplica correctamente la discrecionalidad, yo creo que puede llegar a establecer una cláusula escalonada, una fórmula bonita que sirva y que sea efectiva para los fines que se tienen. A pesar de que muchos de nosotros arbitramos, yo creo que, más allá de que arbitremos o no, creo que el interés común es lo que debe primar.

Y, lógicamente, el tema de que, a pesar de que yo he sido formado en San Marcos, y en San Marcos, en su momento, fomentaban mucho la cultura del litigio, pero, con el tiempo, a raíz de ya estar en una institución, en un gremio empresarial, digamos, asumí esa posición de que lo que decía Karina, ¡Un empresario que quiere? Terminar la obra. Lo que no quiere es tener problemas, no quiere es llenarse de buenos abogados que, al final, digamos, esa no es la idea.

Y acá, conversando ayer también con Ricardo Salazar, que Ricardo es un optimista al 100 % y yo, tal vez, hice la figura de ese famoso actor Alex Valle, Don Pésimo, que dice: «No, la norma tiene mucho estándar, es muy elevada, es complicada. Ha sido creada como para una corporación».

Pero, bueno, él me dijo: «Hay que asumir retos». Y creo que sí todos vamos a tener que estar en la capacidad de asumir el reto, porque ahora la norma nos establece que en el artículo 158 nos detalla la forma de entrega de la obra, los diferentes modelos, etc. ¿Y a qué voy con eso? A que eso nos obliga también a que, dentro del expediente de contratación, todas las entidades van a tener que afinar sus criterios para establecer qué tipo de sistema de entrega van a tener que dar en la obra.

¿Y eso qué tiene que ver con las cláusulas escalonadas? Porque ya el escalón, que establece la norma, en el caso de obra, dependiendo de los montos, lógicamente, hay uno de arbitrariedad y otro que es facultativo. Pero, en el tema del escalón que ya es obligatorio en la junta de prevención y resolución de disputas, vamos a tener que afinar, y ahí viene también el compromiso o el reto, como

ya decía Christian, de las instituciones arbitrales, de también afinar y ver cuál es el perfil del adjudicador que van a designar para que pueda acompañar este proceso de aplicar esta cláusula escalonada en una determinada obra.

Y, bueno, sí, nuevamente, acá tenemos la dificultad de que, muchas veces, las normas no nos ayudan.

En los temas de contratos estandarizados, bueno, los que están familiarizados con estos contratos, nos dirán: «No, pero las normas NEC, las FIDIC sí establecen las cláusulas escalonadas». Sí, pero yo como funcionario público decía: «Pero acá dice: “puede”, “puede incluir una cláusula”». Entonces, siempre a vamos a tender a ponerse en esa disyuntiva, y creo que nosotros estamos en esa obligación de darles todo el bagaje, darles toda la información para que estos funcionarios públicos, y, lógicamente, también los contratistas, que no los he excluido porque es un contrato en que ambos tienen que ayudar a que la obra sea entregada en su momento, sea útil; y, principalmente, que sea de beneficio para la colectividad. Porque una obra entregada con retraso, lamentablemente, no es útil, porque la utilidad creo que es en el momento que podemos disfrutar de esa obra.

Creo que si, como instituciones, podemos ayudar o coadyuvar, y, nuevamente, citando a nuestro amigo Ricardo, que me hubiera gustado mucho que esté acá, lo único que nos queda es que, desde nuestra trinchera, capacitar, capacitar, capacitar. No importa, a los que no nos gusta el café, tendremos que aprender a tomar café, y a los que nos gusta, duplicaremos nuestra dosis, pero vamos a tener que hacer esa evangelización para poder educar, principalmente, mucho a nuestros amigos.

Bueno, Karina, creo que he cumplido mi tiempo.

Karina Zambrano Blanco: Ha sido muy efusivo tu mensaje: rápido y preciso. Así me gusta.

Bueno, vayamos con nuestro siguiente expositor. Aquí tenemos a Christian que es secretario de asuntos de arbitraje de la Universidad San Fernando.

Un fuerte aplauso para él.

Christian Fernández: Muy buenas noches con todos. Para mí es un honor nuevamente estar ante ustedes disertando, y me ha tocado abordar, justamente, si se pueden combinar cláusulas escalonadas, específicamente, de conciliación con arbitraje, para prevenir y resolver controversias de construcción.

Yo quería, antes de abordar ese tema, hablar acerca del conflicto. Y el conflicto, en lo fundamental, parte de una divergencia entre dos o más partes que, finalmente, perciben que tienen intereses contrapuestos que pueden deberse a intereses opuestos, concepciones distintas, adicionalmente, como visiones distintas de ideas, criterios, percepciones, culturas distintas.

Siendo ello así, me permito ver al conflicto y al marco de esta Pirámide de Galtung, en la cual, en su cúspide advertimos las manifestaciones de este conflicto, pero, muchas veces, al afrontar y abordar un conflicto, solamente, nos quedamos viendo la foto de esa manifestación del conflicto y no advertimos lo que subyace a este en el sustrato de dicha pirámide. Podríamos equipararlo también a un iceberg, que solamente vemos la parte externa del mismo y no todo aquello que se encuentra sumergido debajo del mar.

Previo, también, debo traer a colación lo que manifestó Sandra Ramírez el día de ayer, que nos habló acerca de la prevención; y la prevención, justamente, nos plantea la necesidad de dotarnos de recursos y estrategias para lidiar con el conflicto de una manera constructiva, sin necesidad de llegar a crisis. Y eso es la conciliación, un espacio, un mecanismo, en realidad, autocompositivo, a través del cual se fomenta el diálogo.

En el conflicto, lo primero que decae es la comunicación. Las partes, al percibir sus intereses contrapuestos, simplemente, rompen la relación, patean el tablero de la comunicación, e inadvierten que la comunicación es fundamental para la transformación del conflicto y, adicionalmente a eso, también para la solución de sus controversias y el sostenimiento de sus futuras relaciones comerciales.

Siendo ello así, yo soy un fiel creyente de que la conciliación sí puede solucionar controversias, y me permito traer lo que señala nuestra norma, próxima norma a entrar en vigencia a la Ley de Arbitraje, la Ley General de Contrataciones Públicas y su Reglamento, específicamente, provee, justamente, la posibilidad de conciliar. O lo dice como «puede conciliar» y como tal podemos advertir que se trata de un mecanismo facultativo y no obligatorio, por lo que no advierto, en realidad, que existan los incentivos para poder arribar a soluciones conciliatorias en materia de construcción. ¿Por qué? ¿Por qué no existen los incentivos? Porque, muchas veces, los funcionarios públicos, al momento de tomar la decisión, tienen el temor de Contraloría General de la República y, cuando menos, de que pueda haber un informe de obligaciones de cumplimiento, y de que, como consecuencia de esto, terminen en un proceso penal, siendo, cuando menos, investigados por negociación incompatible.

La norma, a la fecha, permite que estas «sí concilien», pero, en base a un criterio de discrecionalidad que a un criterio técnico. Sin embargo, esta discrecionalidad va a ser disuadida, como consecuencia de este rol que, lamentablemente, la Contraloría debería repensar, con el objetivo de promover e incentivar este tipo de mecanismos.

Pero a mí me preocupa, en realidad, nuestra realidad social peruana y en cómo está regulado nuestro documento jurídico, que los conciliadores puedan coadyuvar la solución de controversias en materia de construcción, que es una materia de por sí adversarial y especializada, cuando, para ser conciliador, de acuerdo al artículo 51 de la Ley de Conciliación, lo único que se requiere es ser ciudadano, haber terminado secundaria completa, llevar su curso de especialización ante un centro de capacitación y formación acreditado por el Ministerio de Justicia. Luego de ello, presentas tu documentación, conjuntamente con tu certificado psicológico de salud mental que acredita tu actitud mental para desplegar esa actividad, y, bueno, no hay ningún mayor requisito de especialización.

La norma nos dice: para llevar a cabo procedimientos conciliatorios, en su artículo 50, en materias especializadas, el conciliador deberá contar con el reconocimiento en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Existe una especialización en contrataciones públicas o reconocidas por el Ministerio de Justicia; en construcción, no la hay.

Por consiguiente, el rol del conciliador, si se quiere brindar mayor fortaleza a la conciliación, debería promoverse la profesionalización y la especialización de la conciliación, con el objetivo de que, en efecto, pueda ser un mecanismo que pueda contribuir a que este sector tan conflictivo, como lo es el de la construcción, pueda, de alguna manera, coadyuvar a esa solución de controversias eficiente.

Sin embargo, como están las cosas en la actualidad, no considero que la conciliación pueda promover soluciones, al menos, en el corto plazo.

Sin perjuicio de ello, y de lo que hemos estado hablando respecto a si se puede incorporar o no en una cláusula escalonada la conciliación. Por supuesto, siempre la autonomía de la voluntad de las partes lo va a permitir. Sin embargo, habrá que determinar, justamente, si ese contrato en el cual estamos incorporando dicha cláusula escalonada, en efecto, verdaderamente, va a ser ese mecanismo, ese MARC va a ser, en efecto, el que va a permitirnos abordar la controversia de mejor o menor manera.

Considero que la conciliación, si quiere ser ese mecanismo, en realidad, a la fecha como está, no tendría las posibilidades de poder resolver dicha controversia y podríamos saber si estamos frente a

un conciliador no especializado y que dicha controversia se acreciente, y, finalmente, tengamos que recurrir al mecanismo heterocompositivo del arbitraje.

Para concluir, quisiera decir una frase de Mahatma Gandhi: «Vive como si fueras a morir mañana. Aprende como si el mundo fuera a durar para siempre».

Los invito a siempre a aprender, porque, justamente, esto me lleva a la cuestión del abogado que estudia, el derecho se transforma constantemente; si uno no sigue sus pasos, será cada día un poco menos abogado.

Independientemente, creo que esta máxima, independientemente de la profesión que tengamos, seamos abogados o no, nos llama a especializarnos, a capacitarnos, justamente, con el objetivo de poder brindar más y mejores soluciones, y, verdaderamente, contribuir a la cultura de paz, como nuestra misión.

Muchas gracias.

Karina Zambrano Blanco: Muy bien, Christian, ese principio es aplicado en la República del Pisco.

Has tocado un punto muy importante. Recuerden que el mundo creó la mediación y el Perú creó su propia mediación, que se llama conciliación extrajudicial obligatoria y ejecutada. El mundo creó el arbitraje, y el Perú creó su propio arbitraje con el Estado obligatorio y ejecutable. El mundo creó el DAB y el Perú creó su propia JRD obligatoria y ejecutable. Nosotros somos capos. Si no se dan cuenta, tenemos una cultura de MARC desde hace más de 25 años. Solo falta que el Estado asuma y, de hecho, determine, para tales materias, por ejemplo, en familia, excelente es conciliación; para materia laboral podría ser seguir una mediación; para el tema de construcción, JRD. Es decir, falta que el Estado inicie una política de ver qué camino es útil para determinada controversia. Así que, felicitaciones.

Vamos al siguiente expositor, Christian Estrada. Él es coordinador académico de Arbanza.

Bienvenido, Christian.

Christian Estrada: Gracias, Karina y a la Asociación Zambrano por la invitación, por permitirme intercambiar algunas ideas con un panel tan selecto de profesionales, en una ciudad tan mística como lo es el Cusco.

Me ha tocado exponer acerca de las cláusulas escalonadas en el arbitraje internacional, y, específicamente, para responder a la pregunta que le da nombre a este último panel, que es ¿cómo combinar cláusulas escalonadas de conciliación mediación, JRD y arbitraje para prevenir y resolver controversias en construcción?

Y la respuesta, como casi todo en derecho, es «depende». Depende de múltiples factores como la voluntad de las partes, del tamaño y cuantía del contrato, los riesgos en la ejecución contractual, los factores sociales, geológicos, ambientales, etc., siempre es un gran «depende».

Pero, incluso, dentro de este gran «depende» existen algunos no negociables que terminan siendo observados y contribuyen a que las cláusulas escalonadas cumplan su cometido, que es dejar al arbitraje como la última ratio.

Creo que es unánime la idea de que a las partes no les interesa discutir sobre quién tiene el derecho, sino finalizar la ejecución de la obra sin perder recursos en el intento.

Entonces, presentaré estos no negociables a partir de un caso que llevo analizando hace algunos meses.

Este es el caso de un contrato de tipo diseño de licitación-construcción, en el cual el contratista ejecuta la obra en función del diseño que recibe del propietario, siendo el propietario el responsable de los eventuales defectos en el diseño.

Este contrato también incluye una revisión armonizada de las condiciones generales del FIDIC.

La controversia, en el caso bajo análisis, surge a partir de un reclamo por ampliaciones de plazo y los mayores gastos generales.

Para resumir la controversia y podernos ir todos a la República del Pisco, solamente voy a decir lo siguiente: lo que pasó en este caso fue que el 1 de febrero se suspende la obra por defectos en el expediente técnico imputables al propietario y el propietario, en el marco del contrato FIDIC, le encarga al contratista subsanar los defectos en el expediente técnico.

El contratista levanta todas las observaciones el 16 de septiembre, y así se da fin a la suspensión.

Entonces, con esto, el contratista reclama una ampliación de plazo y los mayores gastos generales, entre el período comprendido entre el 9 de febrero y el 16 de septiembre de 2024.

Hasta ahí todo bien, pero el argumento del propietario fue que solamente otorgaría la ampliación de plazo y los gastos generales entre febrero y marzo porque consideraba que, a partir de abril en adelante, todo el retraso era imputable al contratista; y cuando estábamos preparándonos para refutar estos argumentos en cuanto al fondo, es decir, quién es responsable por el retraso en la subsanación de estos expedientes técnicos, apareció la gran protagonista de todo el 2024, que era la cláusula 20.1 de solución de controversias. Es decir, en vez de discutir en cuanto al fondo, pasamos un año discutiendo respecto de la cláusula de solución de controversias.

Este contrato de construcción establecía algunos mecanismos previos al arbitraje. Un procedimiento de solución amigable que era más afín a un trato directo en negociación facultativo, una JRD, y, finalmente, el arbitraje como última ratio. Pero, esa es la relativa claridad con la que estas cláusulas se presentaban; su eficacia no fue plena, más que otra cosa por la propia redacción de la cláusula de resolución de controversias que afectaba principalmente la procedencia de los reclamos. Y he resumido estas problemáticas en tres grandes grupos que evaluaré muy brevemente.

Primero, el contrato no fue claro en el sentido lingüístico de sus términos. Con relación al reclamo de ampliación de plazo y de sus gastos generales, el contrato establecía que, si el contratista quería reclamar algún gasto adicional, alguna ampliación de plazo en virtud de alguna circunstancia, tenía que notificar una reclamación dentro del plazo de 28 días. Si no lo hacía así, el contratista no tenía derecho a recibir pago adicional alguno, y el contratante quedaría liberado de toda responsabilidad. Pero, además, la cláusula nos dice: «Dentro del plazo de 42 días contados a partir del momento en el que el contratista tome conocimiento o debiera haber tomado conocimiento del acontecimiento o la circunstancia que originó la reclamación, el contratista enviará al ingeniero una reclamación completa y pormenorizada que incluya toda la información complementaria del fundamento de la reclamación».

Respecto de esta cláusula para declarar la improcedencia del reclamo del contratista, el propietario comunicó que el contratista debió presentar dos documentos: 1. Notificación dentro de los 28 días de producido el evento que generaba la suspensión y 2. Una reclamación completa y pormenorizada que fundamente lo solicitado en el plazo de 42 días.

En este caso, el contratista presentó solamente una notificación que estaba debidamente completa y pormenorizada, pero el propietario consideró que, por ser solamente un documento, el reclamo era improcedente.

Y, de buenas a primeras, podemos afirmar que la redacción de la cláusula sí podría permitir, de alguna manera, una interpretación en este sentido, pero, si lo pensamos detenidamente, la lógica es qué sentido tendría sancionar al contratista que es diligente, presente en un solo documento su reclamo, su notificación, y aparte lo hace de manera completa y pormenorizada. Y la respuesta es que no tiene ningún sentido, pero, en esta discusión, se nos fueron dos escenarios de solución amigable que tomaron, aproximadamente, dos meses.

Lo curioso es que, apenas ganamos esta discusión procedimental, las partes se pusieron de acuerdo muy rápido en cuanto a gastos generales, y eso llegó a un acuerdo en forma casi inmediata.

Entonces, realmente, la calidad fue más por un tema procedimental que para solucionar una cuestión de fondo.

El segundo grupo de problemas es que el contrato tampoco es claro en las consecuencias que prevé para la inobservancia de sus cláusulas.

Volviendo a la cláusula que acabamos de revisar, el contrato, realmente, no establece cuál es la consecuencia en caso de que el contratista presente solamente una notificación, pero no una reclamación completa y pormenorizada.

Entonces, ¿se puede concluir que el contratista pierde el derecho si el contrato no lo menciona expresamente?

Y así como este también tenemos otro fragmento que parece establecer una obligación del contratista para el caso de reclamaciones de defecto continuo. Y dice: «Si el acontecimiento o la circunstancia que origine la reclamación tiene un defecto continuo, el contratista enviará mensualmente reclamaciones temporales adicionales».

Nuevamente, ¿qué pasa si el contratista no presenta una reclamación temporal adicional? ¿El propietario podría concluir su improcedencia si el contrato no lo sugiere de este modo? En esta discusión, también invertimos, aproximadamente, dos meses en convencer al propietario de que no puede esperar la improcedencia del reclamo cuando el contrato no lo establece claramente así.

Y ya para terminar con el último grupo de problemas, y es que el contrato, a veces, no es claro con los plazos que establece para la presentación de los documentos relacionados con el reclamo.

En relación con el mismo reclamo que estamos analizando, el contrato establece lo siguiente: «El contratista enviará mensualmente reclamaciones temporales adicionales».

¿En esta misma cláusula qué debe entenderse por «mensualmente»? El propietario mencionó que el término «mensualmente» debería entenderse como 30 días calendario. Sin embargo, esta interpretación no tenía sustento alguno ni en el contrato, ni en la medida aplicable, ni tampoco se condice con la finalidad de la propia cláusula, que es permitir, básicamente, que el reclamo sea atrasable y permitir, posteriormente, una reclamación definitiva. Y más aún, que la reclamación temporal adicional solamente es temporal, como su nombre lo dice.

Entonces, para terminar, lo sugerido es exponer el primer problema, pero veo necesario volver sobre el mismo punto. Superados los obstáculos e, incluso, teniendo en cuenta que el procedimiento de solución amigable al que se sometieron las partes en este caso era facultativo en este contrato de construcción, ambas partes se pusieron rápidamente de acuerdo en cuanto al monto de los mayores

gastos generales por el período de su suspensión. Es decir, lo que generó la mayor parte del problema fue la cláusula en cuanto a tal y no el fondo de la discusión. Y con ello también respondo la pregunta de cómo combinar adecuadamente las cláusulas escalonadas para prevenir y resolver conflictos en construcción, y es que el contrato debe, primero, ser claro en el sentido lingüístico de sus términos; segundo, establecer claramente las consecuencias por la inobservancia de sus cláusulas; y, tercero, establecer plazos claros para la presentación de los reclamos.

Y eso sería todo por mi parte.

Muchas gracias

Karina Zambrano Blanco: Christian, muchísimas gracias.

Bueno, Christian representa las nuevas generaciones formadas en las competencias. Así es que mira lo que vamos a tener de aquí a unos años.

Gracias, Elvira.

Y, bueno, la última ponencia del ingeniero Grover Calvo. Él es adjudicador. Así es que nos va a hablar de las experiencias en cláusulas escalonadas en JRD.

Bienvenido, Grover.

Grover Calvo: Muchas gracias, Karina.

Bueno, presentarme, yo soy Grover Calvo, soy ingeniero civil. Actualmente, soy adjudicador de tres proyectos con la normativa de la JRD.

Bueno, primero decirles que espero que lo hayan pasado muy bien en Cusco. Yo soy un orgulloso cusqueño y como cusqueño tengo también que felicitar a Karina, aparte de todo lo que ya han dicho todos, ella también representa la mística del Cusco; la identidad que tenemos acá. Entonces, muchas gracias, Karina, y, bueno, sigue adelante.

Volvamos a tocar el tema de cláusulas escalonadas en las JRD.

En primer lugar, ¿qué es la JRD? Ya hemos visto, es una junta de resolución de controversias y es un mecanismo ágil para solucionar conflictos, sobre todo, en proyectos de construcción. Su intervención temprana evita retrasos, reduce costos y mejora la comunicación entre las partes.

¿Cuál es el objetivo de la JRD? Ya lo dijo Karina también, es la obra. Es acabar la obra. Entonces, hay que ponerse el sombrero de que el adjudicador tiene que velar por culminar la obra.

Bueno, las cláusulas escalonadas, como ya lo han desarrollado todos mis compañeros de panel, establecen un proceso gradual para resolver conflictos. La JRD es una de las primeras instancias. ¿Qué quiere decir? Que, luego, vendrá el arbitraje, y, ciertamente, la JRD es una justicia mucho más rápida y puede ser, seguramente, afinada en un mecanismo con mayor tiempo que solucione controversias como el arbitraje o lo que elijan las partes.

Características de la JRD. En teoría se establece desde el inicio del proyecto, en la práctica no. La nueva Ley de Contrataciones sí establece que es un requisito para iniciar la obra. Puede emitir opiniones o decisiones, según lo pactado en forma en las cláusulas escalonadas, como ya las opiniones son, más o menos, como la conciliación, hay que estar de acuerdo con ambas partes, y, ciertamente,

como ya conocemos, el rol de la Contraloría que ya se ha indicado también en el panel, debería revisarse. A veces, no permite que los funcionarios tomen esa herramienta. La restringe mucho porque es un potencial enorme de evitar controversias. Entonces, no se usa mucho y es muy lamentable.

La JRD es una de las primeras instancias en el proceso de resolución de controversias antes de recurrir al arbitraje o litigio, promoviendo acuerdos tempranos, decisiones u opiniones.

Ventajas de una JRD.

Rapidez. Si calculamos tiempos, la toma de decisión debe tomar, aproximadamente, nueve semanas que es un tiempo mucho más corto que el de un arbitraje.

Los costos son fijos. Eso tiene un pro y un contra porque, a veces, las partes abusan.

Mejora de la comunicación. Promueve una comunicación entre las partes de forma lineal y constante porque la JRD apoya y es una de sus funciones.

Es de carácter técnico. Puede ver temas técnicos.

Evita paralizaciones, es parte de un sistema escalonado y, lo más importante, que no tiene ningún otro medio es que visita la obra y nadie le cuenta qué es lo que pasa en la obra, sino que tiene su propia opinión.

Desventajas. Desventajas de una JRD. Hay las restricciones normativas de su aplicación. Yo, particularmente, personalmente, creo que no debería haber. Creo que tanto los adjudicadores como los árbitros están perfectamente capacitados para ver todo tipo de controversias como lo son en otros centros nacionales, y la realidad no actúa como ente consultivo por el tema de las opiniones que tienen que ser de ambas partes, y, muchas veces, la parte que no quiere que den opinión, simplemente, no da su aprobación.

Se puede exagerar el nivel de controversias. Yo conozco de un caso, en el cual pidieron 22 controversias en un mes, y todas tenían un plazo de caducidad, y eso, cuando las partes están muy confrontacionales, se llega a esos extremos, y no es muy lógico en realidad.

No emite decisiones definitivas, porque estas se pueden llevar a un arbitraje.

Intervención periódica y constante. Eso puede generar desgaste si es que no existen las habilidades blandas de parte de los miembros de la JRD.

Las partes no aprovechan su potencial aún porque todavía están capacitándose.

Existe la filosofía confrontacional. Todo depende de las personas, de los profesionales, entonces, para eso hay que capacitar, como les he indicado.

También es que, como la JRD no termina en una decisión, a veces, hay reacciones negativas por la parte que siente que no se le ha tratado justamente, y, a veces, también hay positivas. Eso también se tiene que ir viendo.

Y lo que también hemos tocado mucho en este congreso, hay dos temas muy graves: la falta de integridad, por un lado, y la falta de competencia, por el otro lado. Los dos son totalmente dañinos. El tema de la incompetencia; me ha tocado ver casos con JRD, en los cuales creen que los adjudicadores pueden compensar las decisiones. Por un lado, para un lado; por otro lado, para el otro lado, y eso no es así. Eso no se da.

Está en desarrollo y en perfeccionamiento y eso es un tema positivo porque se puede perfeccionar para mejor, pero también, al no estar tan estable, y al no tomar los cuidados necesarios, se podría, de repente, no hacer bien las cosas y quemar el sistema.

Y, finalmente, la falta de pago y abuso del sistema. Hay casos en los que la JRD no inicia porque las partes no tienen controversias y pueden pasarse seis meses. Llega la controversia y activan la JRD.

Para terminar, un caso real de cláusulas escalonadas en el que me ha tocado participar. Había un proyecto en el cual, efectivamente, las partes habían decidido JRD; sin embargo, deciden no firmarlas, justamente, por creer que iban a ahorrar un dinero que ya de por sí deberían haberlo presupuestado. La cosa es que llegó la controversia en el primer acto de la obra, sobre el tema de cartas fianzas y adelantos, y la entidad decidió denegarles los adelantos.

En ese caso, el contratista decidió llevarlo —es un caso de la vida real— llevarlo al Poder Judicial y sacar una medida cautelar. Luego de la medida cautelar, obviamente, la entidad mostró su desconformidad, y, cuando se dio la medida cautelar, indicó que se debió llevar al arbitraje porque era el medio de resolución del proyecto.

El arbitraje, que tomó su tiempo, analizó el caso y sacó su primer laudo parcial, indicando que se tenía que quitar la medida cautelar del Poder Judicial para el ente competente y que se tenía que activar la JRD, y que sobre el resto de materias en controversia, lo iba a tratar el mecanismo, y que se inicie la obra sin los adelantos, y que eso, pues, lo tenía que, decidir más adelante el mismo arbitraje porque eso era lo que se había controvertido.

Finalmente, la obra reinició y se hizo con JRD y, obviamente, la primera controversia estuvo un poco vinculada a ese tema, pero la JRD, al ver que se estaba ya controvertiendo al arbitraje, sobre ese punto no se pronunció porque fue como que estaba en otra instancia, pero así, en paralelo a la discusión de la obra, resolvió las controversias que correspondían, y solo como comentario, que, aunque creo que todos lo saben, aún siguen esperando el laudo y la JRD ya ha resuelto, más o menos, seis controversias, y la obra no se acaba. El próximo año comentaremos.

Karina Zambrano Blanco: OK, muchísimas gracias, Grover.

Gracias, panel. Les van a pedir una pregunta en un minuto... ya saben, el público siempre tiene la razón.

Solo un minuto, Juan Carlos, te lo pido, por favor.

Persona del público: Gracias, Karina.

No quiero sentir que las materias son como que figuras que, como no han sido muy efectivas, no merecen atención. Yo creo que podrían serlo, por eso es que me animo a preguntar.

Quizá, la primera para Amalia o para cualquiera de la mesa que quisiera responderla, es sobre la posibilidad de aplicar ArbMedArb, si es que para controversias se pueda plantear la fórmula o si consideran que sería prudente plantearla en una cláusula contractual, ArbMedArb o mediación con cláusulas escalonadas.

Y lo segundo, muy puntual, Christian, Christian Fernández, ¿qué es lo que usted considera que deberíamos quitarle o agregarle a la conciliación para que funcione? ¿Qué sería la limitación porcentual de lo que puedan conciliar las partes, la prohibición de la Contraloría o incentivos, desincentivos para que le den a las partes la opción para conciliar?

Christian Fernández: La pregunta para mí es clara. ¿Crear incentivos para la conciliación? Si se podrían crear incentivos en la profesionalización, como estaba hablando, de los actores de la conciliación, el conciliador, para poder afrontar este tipo de casos, debería estar preparado. Si se le exige al mediador que esté preparado o un árbitro que esté preparado, lógicamente, el conciliador lo que hace es promover el diálogo entre las partes, qué diálogo va a promover, si no conoce sobre lo que va a promover el diálogo. Entonces, lo que va a hacer, finalmente, es entrapar esa comunicación y, lógicamente, vamos a terminar en un arbitraje.

Y, por otro lado, respecto al rol de la Contraloría, sí puede ser; el rol de la Contraloría yo lo veo como que está mirándote que te vas a caer, y te dice: «te vas a caer, ¿ah?» y después viene y te cae con todo.

Y, en realidad, creo que sí, la norma, actualmente, no te está generando los incentivos para conciliar. ¿Qué podríamos hacer para eso? De repente, tener un rol de prevención, un rol de generar incentivos, establecer también cuantías, por qué no, porcentajes rápidos y generar también la promoción de buenas prácticas mediante la generación de incentivos, de repente, no remuneratorios, pero reconocimientos a aquellos funcionarios públicos que adopten decisiones oportunas y eviten, sobre todo, con esa decisión, de llegar a la conciliación, futuras controversias y pérdidas para el Estado.

Karina Zambrano Blanco: Bueno, mientras no suscribamos la Convención de Singapur, no procede, no es ejecutable. Así es que, por lo pronto, ConcilArb.

OK, muchísimas gracias y felicitaciones al panel.

CONFERENCIA DE VIDA RESILIENCIA, ARBITRAJE Y FAMILIA DRA. ELVIRA MARTÍNEZ COCO

Karina Zambrano Blanco: Corresponde la conferencia de vida de la doctora Elvira Martínez Coco.

Antes, primero tiene que escuchar unas breves palabras que la motiven, porque es el momento más importante de su vida. Y estoy segura que nunca lo va a olvidar, así que invitamos a Alberto Montezuma para que pueda darle unas bonitas palabras y ya con José, presidente del Consejo Superior.

Alberto.

Alberto Montezuma: Bueno, buenas noches con todos. Yo creo que esta es el cierre, realmente, de oro de este congreso. Yo le agradezco a Karina el honor que me ha hecho de poder presentar a Elvira Martínez. ¡Si a Elvira la conocemos todos! Lo que yo quiero es destacar que para mí es un profundo honor poder, me emociono, en realidad, como ella también, seguramente, se va a emocionar de poder ser la antesala de esta presentación. Es un honor, es una gran deferencia el poder hacer esto contigo, Elvira.

Presentar a Elvira Martínez, yo decía, en pocas palabras porque Karina es demasiado holística, recuerdo que me dijo: «Tú vas a presentar a Elvira Martínez». Yo no puedo decirle que no puedo ser parte de este asunto porque... pero, definitivamente, dije: Bueno, qué cosa podemos decir de Elvira Martínez, que ella no nos pueda decir.

Yo conocí a Elvira por cuestiones de arbitraje y tuvimos mucha empatía, pero fue ella la que creó esta empatía porque yo que era árbitro fugaz por los años, esa vez fui como abogado, y en un caso muy complicado para las personas que participaban, pero su complejidad no era otra que un tema de incumplimiento de pago, y Elvira se convirtió, no en un árbitro, sino en una conciliadora excelente que, durante dos años, llegó a tal relación con las partes, que terminó siendo la amiga de las dos partes porque ella se reunía tal día para que una parte le pagara a la otra, y ella llamaba a las dos para que vayan.

Claro, y me contó en un momento, porque yo ya no participaba en estas cosas, y creo que hasta almorzaban juntos y cosas por el estilo. La verdad es que el acuerdo se cumplió, todo quedó muy bien.

Entonces, esta anécdota que les cuento, que me causó muy buena impresión por ese compromiso, y yo siento que ese compromiso lo hizo un poco porque era mi cliente y sabía que mi cliente iba a perder, pero el tema es que fue más allá de las cosas y su compromiso; y fue así.

Y, luego, después, la vida nos hizo que nos cruzáramos y nos encontráramos en Washington en una competencia internacional de arbitraje que ha sido el punto que ha hecho que nos conozcamos más. Yo era la primera vez que iba y ella también era la primera vez que llevaba al equipo de la UPC. No me acuerdo si era profesora o no, pero el hecho de que yo estaba allí, me invitó y comencé a ayudarla en los entrenamientos de arbitraje.

Me acuerdo de esa vez que nos descalificaron y lloramos juntos porque todos los chicos estaban mal y he conocido a Elvira como lo anoté acá, como una abogada, un árbitro y una profesora, como una maestra, como una funcionaria pública también, porque Elvira también estuvo trabajando fuer-

temente en la administración pública, en Registros Públicos, en el Ministerio de Justicia y en los Registros Públicos. No tuve la suerte de conocerla en esa época, pero, evidentemente, en *El Peruano* se leía. Los que acostumbrábamos a leer *El Peruano* que Elvira Martínez estaba ahí.

No he tenido la suerte de que sea mi profesora en clase, pero sí he tenido la suerte de que sea mi profesora en muchas cosas de este manejo con los alumnos que, finalmente, hicieron que yo también formara parte de los *coaches* de otro equipo. No fue UPC, pero me fui a ESAN y durante siete u ocho años.

Siguiendo sus pasos en el 2019 Elvira fue declarada, porque es una declaración, mentora del año de la competencia internacional. Y yo he tenido la suerte, siguiendo sus pasos, por eso en el 2023, también, ser mentor del año. Es un reconocimiento muy importante para nuestra vida profesional; es un reconocimiento de ese trabajo que uno hace porque esa elección de mentor del año se hace ahí entre los alumnos, entre los árbitros que participan, entre los entrenadores que participan y entre la gente que dirige la competencia. Entonces, es un reconocimiento que destaca lo que Elvira hace, hizo y sigue haciendo, y los que la imitamos, de alguna manera, estamos por el camino correcto.

Pero el tema no solamente queda ahí. He tenido la oportunidad de compartir también tristes momentos con ella y, entonces, ahí la he conocido como mujer, como madre, como cabeza de familia y esa es la parte que me ayuda a conocer más a una persona, porque a las personas las podemos ver que pueden ser brillantes profesionalmente, sin embargo, Elvira es una columna vertebral, es la columna vertebral de su familia y es el ejemplo de su familia, y es algo digno de relevar. Más aún ahora cuando reclamamos a todos de la unidad, de la amistad y de la familia.

Entonces, no estoy exagerando porque hay algo que yo destaco también de Elvira. Elvira es una mujer muy dura, una mujer de palabra desnuda. Hemos escuchado, yo unos cuantos carajos o ándate al diablo que dijo, que he escuchado de parte de ella. Eso, pero también una mujer de palabra desnuda cuando dice: «Este es un delincuente; este es así; esto sucede acá».

Cuando yo fui involucrado en el tema Odebrecht, muy pocas personas nos defendían y Elvira, en varias oportunidades, como otros buenos amigos que me conocían, levantó su voz y dijo, solamente, me acuerdo fue en ese día, solamente estaba yo ahí, y todo el mundo... O sea, en esa época, los que estábamos involucrados éramos los que estábamos, fuéramos o no fuéramos y todo el mundo nos conocía, pero ella levantó la voz cuando alguien dijo algo en contra nuestra.

Entonces, eso, y he visto también a Elvira como maestra presiona a sus alumnos porque sabe hasta dónde pueden llegar. A veces yo decía: «Elvira», y yo decía: «Pucha que...», y sus alumnos: «Profesor, ¿y por qué no fueron? Profesor, la doctora nos está haciendo...». «Está muy bien. Escúchala».

Pero, eso ha hecho que muchos de ellos, en este momento estén ocupando los mejores lugares en los estudios de Lima y fuera de Lima.

Entonces, esto que les cuento, ella nos va a decir con sus propias palabras, pero eso es lo que yo he visto. Había escrito cuatro cosas, pero no las he seguido...

Y ahora, en que se conmemora el día de la mujer, no es para felicitarlas, sino es para resaltar ese trabajo que tienen que hacer y que siguen haciendo las mujeres por ganar un espacio en esta sociedad. Un espacio que, muchas veces, nosotros les negamos, y que, claro, es difícil porque hay que ponerse siempre en el lugar del otro.

Yo, con estas ideas, palabras, sentimientos que expreso, he querido, de alguna manera, transmitirle y transmitirles a ustedes cómo podemos conocer a una persona y sentirnos cerca de ella porque transmite esas vibraciones porque te puede gustar o no te puede gustar. Elvira es como es. Y, si no,

«púdrete». Muy a su estilo. Entonces, yo he querido ahora a ustedes hacerles esta presentación que no cabe, porque yo siempre digo: «Elvira no necesita presentación». Además, ella se sabe presentar perfectamente y hacerles que ahora la acompañemos porque esto es la noche de un testimonio de vida que yo, de alguna manera, he pincelado por ahí para que todos... para hacer un preámbulo, tímido, y no tan exacto de lo que, realmente, vamos a escuchar de su carrera.

Así que yo les pido que le den un fuerte aplauso y aquí está ella.

Karina Zambrano Blanco: Gracias por la bonita misiva.

La conferencia de vida se organiza una vez al año en el evento y se elige a uno de los expositores para que cuente como fueron sus inicios en el arbitraje, qué vicisitudes tuvo que superar, cómo logró los objetivos planeados, cómo llevó a la familia adelante, etc.

Entonces, Elvira fue elegida este año.

Así es que las palabras de JuanJo, que es el presidente del Consejo Superior.

Juan José Martínez: Muchas gracias.

Bueno, quiero felicitar a la Asociación Zambrano y a Karina por esta idea de cerrar con broche de oro esta referencia a Elvira Martínez y no hay Martínez malo, por supuesto, porque es un acto de justicia, de mucha justicia, de verdadera justicia.

La mayoría de ustedes aquí son abogados dedicados al tema de la construcción y del arbitraje; y, seguramente, están muy familiarizados con la faceta de Elvira en ese rubro, pero, en realidad, como ya también lo decía a Alberto, las diversas facetas de Elvira son muchas. Y, desde hace bastante tiempo, *sorry*, pero hay tiempo que ha pasado. Hay que recordar que una de las principales ponentes, expositoras y maestras del derecho civil, es Elvira Martínez. Esa es una primera cosa.

Yo le tengo envidia a varios de los que están presentes aquí porque yo, por un tema de universidad, no fui alumno de ella, pero, por supuesto que he conocido las cosas que escribía, y, más bien, la he conocido en los últimos diez años, tal vez, ya, digamos, tardíamente. Pero, debo agradecer su apertura, su sapiencia, su integridad. Te admiramos, Elvira; te admiramos de verdad y te lo digo de corazón. Te admiramos mucho.

Otro punto importante que quiero señalar es que ella es un ejemplo para tantas mujeres en el ámbito del derecho. Esa es otra cosa que, por sí misma, pesa y vale muchísimo.

Karina Zambrano Blanco: Sin más preámbulo, bienvenida Elvira Martínez Coco.

Elvira Martínez Coco: Quiero agradecer las hermosas palabras de mis amigos, con un abrazo.

Bueno, y quiero agradecerles a todos y cada uno de ustedes que están acá presentes, a los que están en línea, por quedarse a estas altas horas de la noche, solamente, para escuchar mi testimonio de vida.

No tengo la menor idea de cuántas conferencias he dictado en mi vida. El próximo año cumpla 70 años y olvidense. En este congreso he dictado tres, así que, si vamos sumando, no tengo la menor idea, pero nunca en mi vida el corazón me ha latido como me late ahora, ni me siento tan nerviosa como me siento ahora. Así que, probablemente, sientan algún temblor en mi voz que no he sentido nunca y trataré de respirar hondo porque no es fácil hablar en público de tu vida.

Qué fácil me es hablar de contratos, de obligaciones y de arbitrajes, pero, de mi vida, la verdad, que me es mucho más difícil.

Veamos. Yo nací en una familia muy pobre. Estudié en un colegio fiscal y en una gran unidad escolar. Tenía un solo par de zapatillas y con las que iba al colegio y las tenía que lavar el fin de semana y estar sin zapatos hasta esperar que se sequen, para poder ir el lunes nuevamente a clases.

Ingresé a la universidad a los 14 años, a la Católica a estudiar mi primera carrera de psicología. Y luego ingresé a San Marcos; en ese momento quería estudiar derecho en la Católica, pero me enteré de que porque yo estudié en la Católica toda mi carrera becada, porque ingresé con el primer puesto, y como lo mantuve a lo largo de la carrera, estuve con beca cero porque, además, venía de una situación social realmente baja. Pero me enteré al graduarme que subí a la escala más alta, pues ya no podía pagar la carrera de derecho. Y yo no estudié psicología para ejercerla. Yo estudié psicología a los 14 años porque quería entender la personalidad del delincuente porque quería ser abogada penalista. Las cosas de la vida.

Postulé a San Marcos porque San Marcos era gratis. Ingresé contra 50,000 postulantes con el primer puesto, y me mantuve con el primer puesto hasta que terminé la carrera.

Me gradué... ¡Ah, pero... un ratito! soy mitad San Marcos y mitad Católica porque San Marcos queda acá y la Católica queda acá y se puede ir a pie. Entonces, yo estudiaba con mis maestros san-marquinos, y, luego, me iba a pie hasta la Católica porque recitaba mi número 72182301, y se me abren las puertas porque soy exalumna. Y escuché gratis a Manuel de la Puente y Lavalle, a todos los que no dictaban en San Marcos los escuché en la Católica. Entonces, digo, mi formación es mitad Católica, mitad San Marcos.

En la Católica me enseñaron filosofía, y me enseñaron filosofía. Cuando ingresé a San Marcos, me enseñaron también filosofía y comenzaron con Hegel, siguiendo por Marx, atravesando por Stalin, por Lenin.

Tuve el privilegio de conocer la totalidad del Perú porque estudié en la Católica y porque estudié en San Marcos. Ambas son segadas. Cada cual con su giro y pude conocer la realidad completa, y eso es un orgullo, y eso fue bueno.

Me gradué en San Marcos con un jurado de privilegio. Estuvo integrado por Carlos Torres y Torres Lara, que en paz descanse, por Augusto Ferrero Costa, que también en paz descanse, por Carlos Cárdenas Quirós, Max Arias-Schreiber y por Carlos Fernández Sessarego. Los jurados, normalmente, son de tres; excepcionalmente, de cinco.

Me gradué con *summa cum laude* y con la exoneración del expediente penal. En ese jurado, presidido por Carlos Fernández Sessarego, nunca olvidaré el primer gran impacto de mi vida, cuando Carlos Fernández Sessarego contó que esta era la tercera vez que en un acta de San Marcos se daba la exoneración de un expediente penal. Dijo que, en un primer grado, presidido por Raúl Porras Barrenechea se había exonerado de la sustentación del expediente penal a José León Barandiarán.

En una segunda oportunidad, en un jurado, presidido por don José León Barandiarán, se exoneró del grado a Carlos Fernández Sessarego, y que ese día, en ese jurado, presidido por Carlos Fernández Sessarego, se me exoneraba a mí con el expediente penal.

En ese momento, Max Arias-Schreiber se paró y dijo que había estado esperando durante muchos años su discípulo, y que él había encontrado su hija jurídica, y que, a partir de ese momento, dejaba su cátedra para que yo la ejerciera, la cátedra de Contratos.

Eso significaba que tenía que comenzar a dictar dentro de quince días en San Marcos, y me acababa de graduar.

A la salida, me alcanza Augusto Ferrero Costa, que era Decano de la Universidad de Lima en ese momento, y me dice: «Elvira, desgraciadamente, a los 45 años, ha muerto el doctor Novak, que era el titular de Contratos en la Universidad de Lima». Me dijo: «¿Te atreves a dictar la cátedra?».

Yo tenía ganado en ese momento, por ser el primer puesto en San Marcos, la posibilidad de tomar cualesquiera de las siguientes tres becas: la beca Gino Salocchi en Italia, con todo pagado, que después la tomó mi gran amigo, Juan Espinoza Espinoza, compañero de carpeta; tenía la oportunidad de ir a La Sorbona, con la beca con todo pagado, que nos daba la Embajada de Francia, beca que después la tomó el segundo puesto, que fue Luz Monge Talavera, que también es catedrática.

Pero, en ese momento pensé que tenía otra beca para Suiza, y en ese momento pensé ¿quién soy yo? Yo soy Elvira Martínez Coco, ¿y quién es Martínez Coco en el mundo jurídico? Nada, nadie. Hoy tengo la oportunidad de entrar a dictar, que siempre había sido mi sueño enseñar o irme al extranjero y regresar, y tengo que esperar que alguien se muera para tomar una cátedra, o apellidarme León Barandiarán, Aramburú, y yo no me apellido así.

Y, entonces, dije: «No voy». Voy a enseñar, que es lo que me apasiona. Elegí mi pasión. Elegí lo que me gustaba. Me voy a dedicar a la enseñanza, aunque me muera de hambre, dije yo.

Y comencé enseñando en San Marcos, ganando el sueldo mínimo vital. Nada, pero yo era feliz.

A esas alturas de mi vida, ya tenía diez años de matrimonio y decidí divorciarme. Una semana después de que le pedí el divorcio a mi esposo, me enteré de que estaba en estado. Por supuesto que él no quería divorciarse, pero yo logré divorciarme. Después eso será motivo de otra historia porque me tuve que divorciar dos veces de la misma persona. Soy la única, sí.

Y nada. Yo tenía 38 años en ese momento, y el médico me dijo que podía abortarlo porque tener un hijo por primera vez a los 30 años es sumamente peligroso, porque, además, el niño puede venir con taras porque somos las madres las que transmitimos el gen y nuestros genes se van malogrando. Y, entonces, nosotras somos las que transmitimos el gen, y podemos traer un niño con Síndrome de Down, etc.

Entonces, yo, amante siempre de la vida, convencida de que a partir de la concepción hay vida humana, le dije al médico que, obviamente que no. Y Dios me regaló lo mejor que me ha regalado la vida, que es mi hijo. Se volvió abogado, enseña Obligaciones y Contratos, como yo. Se dedica al arbitraje, como yo, y estoy segura de que me va a superar de lejos, mil veces, lo que he sido yo.

Treinta años atrás, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima hizo su primera lista y estaban los más grandes juristas del país, civilistas, así comenzó. No había contrataciones del Estado, arbitraje, nada. Y, solamente, fui incluida yo como joven promesa, en ese momento, del derecho civil. Así comenzó mi carrera arbitral.

Y fíjense las cosas raras de la vida, tres años después de que yo había comenzado a enseñar, en la Universidad de Lima y en San Marcos, una exalumna mía de la primera promoción de la Universidad de Lima estaba en el equipo de Minera Barrick Misquichilca. Y, entonces, me nombran árbitro. «Uy!», dije yo, «¿Qué es eso?». Y eso que ya sabía que me habían puesto en la lista de arbitrajes, y todo eso. Me llegó mi primer arbitraje así. Una exalumna que había estado en el equipo legal, y ¿qué había pasado? El arbitraje era sobre lesión. Yo sobre lesión, a esas alturas, yo ya había escrito un artículo en que yo discrepaba del maestro Manuel de la Puente y Lavalle, con quien siempre me llevé muy bien porque me quiso mucho, pero yo desde joven, lo que hice siempre fue, no escribí grandes cosas, grandes tomos, no, yo escribía cosas pequeñas, artículos pequeños, pero cuando yo escribía un artículo

siempre era algo en lo que tenía una posición diferente, en la que yo sentía que tenía algo que decir que otro no había dicho, que otro no había escrito. Siempre con altura. No, como ahora, que luego de pronto y te dicen: «La sana doctrina opina...». Y yo opino lo contrario, entonces, digo: «soy la doctrina virulenta, tengo granos, ¿qué me pasa?». Siempre con mucha altura, y el maestro Manuel de la Puente me respetaba mucho.

Y cuando tenía un problema en el Estudio Echeopar porque había venido un cliente que había planteado alguna cosa rara, extraña, me llamaba por teléfono y me decía: «Elvira, ¿quieres volar?». «Donde usted mande, maestro». Era volar para él. El estudio quedaba en un edificio acá y abajo había un restaurante precioso donde tocaban piano y todo lo demás. Le gustaba almorzar ahí y me invitaba a almorzar, me contaba el tema jurídico y comenzábamos a volar. A ver cómo se solucionaba esto y pensábamos en esto, otro, y aquello, hasta que llegaban las seis de la tarde porque religiosamente Manuel de la Puente y Lavalle era la hora en que se tenía que ir a su casa. Era un hombre muy metódico, pero conversábamos y conversábamos de derecho. Y la verdad que era muy lindo.

Muy bien. Así se fue consolidando mi carrera en el mundo del arbitraje. Ese laudo sobre lesión, que fue el primero, tuvo un voto singular. Esos ya no se usan. Laudo en mayoría, con el presidente del tribunal. Y ese laudo terminó traduciéndose en doce idiomas y fue mi primer laudo. Fue increíble la resonancia que tuvo. Obviamente, una de las partes era Minera Barrick y se encargó de difundirlo a nivel mundial. Son esas cosas raras y esas suertes que te regala la vida.

Luego de ello, un poquito más adelante, vino un conflicto entre una gasolinera. Antes todas eran gasolineras hasta que se convirtieron en servicentros con Fujimori y la otra parte que venía a ser uno que renta el sitio. Y el primer arbitraje que se dio sobre ese tema, una de las partes me nombra a mí de árbitro.

Al final, yo terminé haciendo un voto singular. El primer voto singular de mi vida, ¿y qué pasó? Después vinieron diez o doce laudos más sobre los mismos temas, pero entre otros servicentros y también el mismo que les había dado el servicentro, etc. Y, entonces, vinieron como diez o doce laudos más.

¿Qué pasó? Todos esos otros laudos fueron laudos por unanimidad reproduciendo mi voto singular. Ahí comencé a llamarme «Martínez Coco». Ahí comenzó mi nombre en el arbitraje nacional, ahí recordé lo que un día me dijo Luis Díez-Picazo, que, en paz descanse, Luis Díez-Picazo Ponce de León, a quien tuve la suerte de ser su cargadora de bultos cuando vino a una conferencia y yo estaba en la universidad, y yo tenía que seguirlo a todas partes, a mí me habían dado la posibilidad de estar con el maestro.

Y recuerdo que un día le pregunté: «Doctor, ¿cómo se llega a ser grande?». «¡Ah! —me dijo— «es fácil. Cuando ya no te llamen doctora Elvira Martínez Coco, cuando digan: “Martínez Coco dice”, “la Coco sostiene”, llegaste». Y ese día me acordé de lo que me dijo el gran maestro.

Yo estaba consolidada en el mundo nacional como árbitro, y la verdad que mi vida era feliz. Me nombran Superintendente Nacional de los Registros Públicos, antes había sido jefa de la INET del Ministerio de Justicia y terminé renunciando a ser superintendente después de dos años porque estaba perdiendo plata. Ganaba más en el mundo privado, mi familia dependía de mí, y descubrí, pues, que los que viven muy bien, de repente, es porque roban o porque no tienen necesidad de alimentar una familia. Yo la tenía y después de dos años me fui. Pero, antes de eso, al año de ser superintendente, el Ministro de Justicia de ese entonces, me pidió la renuncia porque era muy amigo de los notarios, y a los notarios no les gustaba que yo estuviera abriendo las puertas a que hubiera menos casos que tuvieran que ingresar vía firma notarial. Era su bolsillo. Entonces, pedían mi cabeza. Y este ministro pidió mi cabeza y me pidió que me fuera. Y, entonces, no se le ocurrió mejor idea que mandarme una auditoría para ver qué pasaba, y como la auditoría no dijo nada, no salió nada, se tuvo que quedar callado, se tuvo que quedar tranquilo.

Pero, cuando descubrí que yo necesitaba seguir manteniendo a mi familia, y lo llamé al viceministro y le dije: «Me voy a ir». «¿Cuándo?», con una emoción, «¿Cuándo? Mañana...». «No, mañana, no. Dile a tu ministro que me voy dentro de tres meses porque yo me llevo toda mi gestión copiada, y dile que no va a poderme inventar absolutamente nada».

Entonces, él dijo: «No, pero él quiere tomarse unas fotos contigo y que venga la prensa para que no piensen que te han botado». «No», le dije, «la historia se escribe tal cual, y yo no le voy a hacer el favor de que se tome una foto conmigo». Y me fui, así como entré. Tranquila y feliz.

Yo tengo el placer ahora de que me encuentre con cualquier persona que ha trabajado en mi gestión, el actual superintendente trabajó en mi gestión, y cruzan la vereda corriendo a saludarme. Qué mejor premio que ese, que una foto con el tonto ministro de ese entonces.

Muy bien. ¿Qué pasó después de mi fugaz salida de la administración pública? Me mandaron una auditoría los órganos de control a un aspecto de la gestión. «Oiga usted, hallazgo uno, hallazgo dos, hallazgo cinco...». «Hallazgo», ¿qué cosa es «hallazgo»? Menos mal tenía tanta gente que se quedó y que me quería, que me ayudaron a responder todas estas estupideces. ¿Después que salía? Nada, todo había estado bien.

Me hicieron una segunda auditoría por otro aspecto. Cuando me hicieron una segunda auditoría porque la primera duró como un año, agarré y le mandé una carta al contralor. Le dije: «Le pido que haga una auditoría de mis dos años de gestión». Me hicieron la auditoría total. Salí limpia, perfecta. Dije: «¡Ay, qué calma! Sigo con mi vida». No, no pude seguir con mi vida. ¿Saben qué hizo la Contraloría? Le hizo una auditoría a la auditoría que me hicieron, porque no podían creer que todo hubiera salido limpio. Al final de esa auditoría, que todo salió bien, la Contraloría General de la República me mandó una carta felicitándome por mi gestión. La conservo como un tesoro. La firmé al revés con nombre y apellido. Firmadito, fecha, y solo puse: «Nunca más».

Y ha sido nunca más. Cinco distintos presidentes de la República me han ofrecido el papel de Ministro de Justicia. No lo he aceptado ni lo pienso aceptar aunque muera. Jamás, no pasaré por la tortuosidad de no poder dormir porque un estúpido hallazgo que no saben de dónde lo sacaron, y es una pena porque no puedas servir a tu país como quisieras, de esa manera.

Luego de eso, ya consolidada como árbitro en nuestro país, nacional, mi vida era feliz y, de pronto, Fernando Cantuarias, que era el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, se va a la Universidad del Pacífico como Decano, y entra don José Luis Sardón, que ahora está en las Naciones Unidas.

Y, entonces, José Luis, me llama y me dice: «Elvira, nuestro equipo de arbitraje ha venido compitiendo siempre desde la primera vez, en el MOOT que organiza la UBA, la Universidad de Buenos Aires, y queremos que tú seas la *coach*. Tú tienes que ser la *coach* porque tú eres especialista en contratos, en obligaciones, y ahí es de dónde salen los conflictos; y, además, eres árbitro y súper conocida». Ya era súper conocida en el país y yo le dije: «Está bien, con una condición: si me das la responsabilidad, dame la autoridad. Yo dirijo el equipo, pero nadie mete sus narices, ni el Decano, ni tú. Yo decido quién entra, yo decido quién sale. Y yo mando».

«Está bien», me dijo. Yo pensé que no, pues, y ya me libraba. Me dio toda la autoridad. Entonces, le dije: «Segunda cuestión: no me pidas resultados sino hasta dentro de cinco años», porque yo me encontré con futuros abogados minusválidos. Me encontré con un equipo con gran potencia, con gente muy capaz, pero que tenían miedo de enfrentarse, por ejemplo, a la Católica. Temblaban solo de pensar que íbamos a tener un enfrentamiento juntos porque la Católica era la Católica. «¿Y ustedes qué cosa? ¿No tienen manos? ¿No tienen pies, no tienen cerebro?».

Entonces, tuve que dedicarme primero a limpiar mentes, a eliminar complejos. Gracias a Dios había estudiado psicología primero. Después de cinco años, y después de tantos años, ya no recuerdo cuántos campeonatos he ganado allá en Madrid y en todas partes del mundo. Y ahora mis chicos, mis seis chicos, ya maduros, están ocupando las mejores plazas en los arbitrajes en los mejores estudios jurídicos del país. Y, probablemente, este sea uno de mis mayores orgullos.

Pero, les cuento, ¿qué pasó cuando a mí me dice el Decano eso, yo acepto. Reuno al equipo y a trabajar. «Ya, vamos a bajar el caso». Bajé el caso. A ver, ¿qué es esto?, ¿qué se aplica? Principios UNIDROIT, ¿ah? ¿Qué son los principios UNIDROIT? ¿Compraventa Internacional de Viena? ¿Qué es eso? ¿Cómo se come? Yo era árbitro nacional. La verdad que ni sabía que existía el arbitraje internacional, nunca me interesó tampoco. A estudiar. Yo era la *coach*. ¿Cómo le dices eso a un equipo sin saber? A estudiar como loca. Gracias a Dios estudiar era lo que había hecho siempre en mi vida.

Y así me metí en el mundo del arbitraje internacional. Tuve que aprender arbitraje internacional y tuve que enseñarles a mis alumnos, pero para eso tienes que aprender bien, y después pude ganar todas las competencias.

¿En qué terminó esto, además de ganar todas esas competencias? En que después de todo eso, al poquito tiempo me vino mi primer arbitraje internacional. Y cuando me enfrenté a mi primer arbitraje internacional, me encontré, no sé si habrán tenido la misma experiencia los que no son árbitros internacionales, con que los europeos y los norteamericanos te miran como sudaca. Uno, te miran como sudaca; dos, probablemente, como mujer, tres, piensan que no sabes derecho.

Entonces, en todos los casos me tuve que ganar mi lugar a pulso, a pulso, en la cancha.

Tuve un arbitraje internacional en el que el presidente del tribunal arbitral, que no voy a decir su nombre, llegó a la mesa en Washington, al dar su nombre, al costado, el de la secretaria arbitral nombrada por él; al otro lado, el árbitro español y yo estaba ahí y un poco más me botaban por la ventana. Mi hijo conmigo, a quien siempre llevo en los arbitrajes internacionales, yo le dije: «No digas nada». Me senté.

A la primera de Bastos que había la oportunidad, prendí mi micro y pregunté. ¿A qué hora viene el presidente a ver si me iba hacer callar, ya delante de las partes, de todos los abogados? Estaban todos ahí, aquí estaba Morgan, a ver si me iban a callar. Y le pregunté a la parte y le dije: «Disculpe, he escuchado esto, pero a mí me parece que en el tomo tal...», «... dice más bien esto». Un movimiento de locos, pidieron cuarto intermedio. Revisaron y dijeron: «Sí, efectivamente, pedimos disculpas. Es como dice la doctora Martínez Coco...». Patatín, patatán, patatán.

Regresamos del *break*, y después: «Mi nombre es tal...», al lado del presidente... Así me la tuve ganar, a pulso. Ahora ya no lo necesito, después de tantos arbitrajes internacionales que he tenido, pero tienes que pasar por eso, y me imagino que, de repente, todos los sudamericanos también.

Entonces, ¿qué tienen que hacer cuando llegue ese momento? Ser ustedes; demostrar lo que valen; no tener miedos; no llenarse de complejos, ¿de acuerdo? Confiar en su conocimiento y estudiar. Estudiar el expediente de cabo a rabo y decir lo que tienen que decir en el momento que tienen que decirlo.

Pasó el tiempo y me nombraron después árbitro CIADI. Perú me nombró árbitro CIADI hace más de diez años que dieron las listas de Leaders' League, no sé cuántas, qué se llaman, todas las que se llamen, y el año pasado me nombraron una de las árbitras más nombradas en los arbitrajes internacionales.

Esa es mi vida. No sé si tiene algún interés para ustedes, pero lo único que les puedo decir y que es lo que he hecho en mi vida, es que cuando se les presente una puerta que se les abra, respiren

profundo, venzan sus miedos, hagan lo que tienen que hacer y pasen con la frente en alto. Después de pasarla, lo único que les va a esperar es el éxito.

Muchas gracias.

XVII CONGRESO INTERNACIONAL DE CONTRATACIONES
PÚBLICAS, JRD, DABs Y ARBITRAJE - 2025
DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
MARZO DEL 2026, CON FM SERVIGRAF E.I.R.L.
CALLE EL ALHELÍ 108-B DPTO. 201, SURQUILLO,
TELÉFONO: 774-9972
LIMA, PERÚ