XVI Congreso Internacional de Contrataciones Públicas, JRD, DABs y Arbitraje - 2024 de la Asociación Zambrano

Volumen 121 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

XVI Congreso Internacional de Contrataciones Públicas, JRD, DABs y Arbitraje - 2024 de la Asociación Zambrano

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XVI Congreso Internacional de Contrataciones Públicas, JRD, DABs y Arbitraje - 2024 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 2025
Tiraje: 500 ejemplares

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

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2025-02212

ISBN: 978-612-4400-73-5
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Nota del editor 11

DÍA 1 / 4 DE ABRIL DE 2024

CONFERENCIA DE VIDA
DR. RICARDO SALAZAR CHÁVEZ 13

PANEL I. BUENAS PRÁCTICAS Y DEBIDO PROCESO 21
Juan José Martínez
Manuel Diego Aramburú
Sandro Espinosa
Bernardo Wayar

PANEL II. INNOVACIÓN Y NUEVAS TECNOLOGÍAS (IA) EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL, DABs y JRD 37
Alberto Montezuma
Carlos López Avilés
Francisco Santillán

PANEL III. CINCO AÑOS DE DABs EN EL PERÚ. BALANCE Y PERSPECTIVA 47
Eric Franco
Luis Fukunaga
José Steck
Augusto Gutiérrez
Romina Segura

PANEL IV. DEBATE: ¿ES FACTIBLE LA EJECUCIÓN Y ANULACIÓN DE LAUDOS EN EL PERÚ? 55
Alonso Bedoya

PANEL V. CONTRATACIONES CON EL ESTADO EN BRASIL, CHILE Y PERÚ 63
Renzo Zárate
Eduardo Guimarães
Ricardo Salazar
Giorgio Rosso Sáenz
Christian Guzmán Napurí

PANEL VI. ARBITRAJE CON EL ESTADO. REGISTRO NACIONAL DE ÁRBITROS 81
Hugo Sologuren
Alberto Molero
Roberto Benavides
Jorge Burga
Ítalo Roldán

PANEL VII. CLÁUSULAS ESCALONADAS, PATOLÓGICAS Y AUDIENCIAS ARBITRALES 91
Jorge Abel Ruiz
Gustavo Nilo Rivera
Josselinee Roa
Giusseppi Vera
Leonardo Chang

PANEL VIII. LA SUBROGACIÓN Y LOS TERCEROS EN EL ARBITRAJE
EN HONOR A ENRIQUE FERRANDO 105
Gonzalo García-Calderón Moreyra
Marisol Ellis
Daniel Cuentas
Gabriel Loli

PRESENTACIÓN ARBITRAL WOMEN 115

CONFERENCIA DE VIDA
ING. CARLOS LÓPEZ AVILÉS 117

CONFERENCIA MAGISTRAL DEL DR. MARIO CASTILLO FREYRE
EL TIEMPO COMO FACTOR DE IMPORTANCIA EN MATERIA DEL DEBER DE REVELACIÓN 127

DÍA 2 / 5 DE ABRIL DE 2024

PANEL IX. ¿ARBITRARIEDAD EN LA DESIGNACIÓN DE DABS, JRDS Y ARBITRAJE? 131
Valeria Leveratto
Luis Hernández
Mónica Gonzales del Valle
Katherine Quiroz

PANEL X. EL RIESGO COMO ACTIVIDAD INHERENTE EN CONSTRUCCIÓN 145
León López
Víctor Ariza
Ahmed Manyari
José Antonio Hernández
Glenn Cameron

PANEL XI. ARBITRAJE DE EMERGENCIA VS. MEDIDAS CAUTELARES 161
Juan Carlos Pinto
Mario Drago

PANEL XII. HABILIDADES BLANDAS DE LOS MIEMBROS DAB-JRD
PARA PREVENIR CONTROVERSIAS EN OBRA Y/O CONSTRUCCIÓN 167
Pablo Fanelli
Pablo Cobar
Fátima Bonassa
Natalia Barreda
Alex Campos

Panel xiii. Los efectos de la resolución de los contratos 179
Alfredo Soria Aguilar
Úrsula Caro
Yovan Mendoza
Christian Guzmán Napurí
Bryan Carbonel
Paolo del Águila

Panel xiv. Acciones para mejorar los peritajes 197
Carlos Daga
Alberto Llave
Beatriz Rosa
Reiner Solís

Panel xv. Impacto financiero de los *claims* más fideicomiso en obras 215
Rafael Montoya
Walther Leveau

Panel xvi. Criterios para elegir centros de arbitraje, DABs, JRD y conciliación 227
Karina Zambrano
María Fernanda Sanhueza
Paula Navarro
Cristian Tello
Stephanie Uribe
María Luisa Cáceres

NOTA DEL EDITOR

La *Biblioteca de Arbitraje* tiene el gusto de presentar a sus lectores el volumen 121 de su colección, que contiene las Actas del Congreso organizado por la Asociación Zambrano el año 2024.

Varias veces hemos publicado las actas de los congresos de la referida asociación, la misma que, bajo la dirección de Karina Zambrano, es incansable promotora del arbitraje y otros medios de resolución de conflictos.

Esperamos estar en Cusco este año, no sólo para presentar este volumen, sino, fundamentalmente, para escuchar el contenido del evento, que promete ser de muchísimo interés y actualidad.

Antes de concluir, debemos precisar que algunas de las grabaciones del Congreso, que nos han servido para efectuar las transcripciones, han tenido lapsos inaudibles. En estos casos se ha consignado puntos suspensivos.

Lima, marzo de 2025

Mario Castillo Freyre*
Director

* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número y Vicepresidente de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. <www.castillofreyre.com>.

CONFERENCIA DE VIDA
DR. RICARDO SALAZAR CHÁVEZ

Karina Zambrano: El evento de la asociación Zambrano se caracteriza no solo por el lado académico, sino por fortalecer el lado humano. Y para eso buscamos, pensamos, analizamos, preguntamos todo un año, ¿quién podría dar la conferencia de vida? Entre los abogados hemos elegido este año a Ricardo Salazar.

Y este es el momento de escuchar a Ricardo, ¿cuáles han sido las vicisitudes que ha tenido que pasar para llegar hasta acá? ¿Cuáles han sido esos retos, logros, esas dificultades?, porque tienen que servir de experiencia para las nuevas generaciones y para nosotros.

El cariño que le tenemos la Asociación, a Ricardo Salazar es increíble. Él es parte de nuestro equipo, siempre está dispuesto en todo momento a cubrir cualquier panel o cualquier vicisitud que requiera Asociación Zambrano. Y no solo eso, también está dispuesto a embarcarse en cualquier locura que a mí se me ocurre en el transcurso de disponer los mecanismos alternativos.

Bienvenido, querido amigo. Un fuerte aplauso para él, por favor.

Ricardo Salazar Chávez: Muchas gracias, Karina. Muchas gracias a todas, a todos ustedes por estar aquí.

He tenido que escribirlo porque me era imposible memorizar todo lo que pienso decir; pero lo hago con mucho cariño y con mucho respeto a ustedes, con el propósito de mostrar a Ricardo por dentro, pero con la única visión de que ustedes también vayan mirándose por dentro en el transcurso de lo que voy diciendo, porque la síntesis de lo que pienso compartir son las lecciones aprendidas a lo largo de la vida. Todavía hay mucho tramo por recorrer, probablemente, Dios dirá, pero siempre uno, cada cierto tiempo, tiene algunos hitos que lo marcan, y de lo cual extrae lecciones que le sirven para siempre. Momentos fáciles, momentos duros, todos son, finalmente, ocasiones que tendrán alguna lección de la vida, y nos ayuda también luego transmitir eso a las personas que queremos, a las personas que amamos, y a todos con quienes nos relacionamos de alguna u otra manera.

Entonces, les pido permiso, voy a leer con cariño, para todos ustedes, sobre estos que menciono, hitos sobre mi vida, que me han dado lecciones.

Agradezco a la Asociación Zambrano, en la persona de nuestra querida Karina, y todos ustedes, por estar conmigo en esta significativa oportunidad personal, que me permite compartir algunos de los hitos de mi vida, de los cuales he extraído lecciones, que se las contaré con mucho respeto, con mucho cariño, y que espero les puedan servir para reafirmar en ustedes mismos, en ustedes mismas, su confianza en las bondades de la vida.

Iniciaré con los hitos personales.

Nací en Nazca, en Ica, al sur del país —para quienes no son de acá—, el 22 de octubre de un año ubicado antes del actual milenio, en 1959. Mi papá, Julio Salazar Castillo, era ingeniero civil, por eso entiendo muy bien el éxito de los ingenieros cuando tratan de confundirnos a los abogados.

Una vida extraordinaria con mi papá. Mi mamá se llamaba Aurora Chávez Linares, una emprendedora, tuvimos una chupetería en Cajamarca, de muy ricos chupetes. Ya desapareció, pero ha quedado siempre un bonito recuerdo, sobre todo, de la forma como mi mamá emprendía lo que ella amaba, con mucha entrega.

Para ambos va mi primer agradecimiento por la formación que me han dado. En el caso de mi papá, agradezco haberme recomendado ser prudente, es decir, sin dejar de atreverme a asumir retos, mirar todos los factores posibles para tomar decisiones. Ello, me lo aconsejaba, «aumenta las posibilidades de mejores decisiones», es decir, uno tiene que ser intrépido en la vida, hay que lanzarse, sí, pero no dejar de mirar los factores que están presentes para tener el mejor acierto posible. Siempre hay un riesgo, pero en buena hora mientras lo puedas controlar lo mejor posible.

En el caso de mi mamá, agradezco haberme aconsejado ser solidario con las personas, especialmente con las que más necesitan de uno, sin esperar a que nos pidan, sino saliendo al encuentro de ellas.

A ambos les agradezco apreciar mucho el buen humor, la alegría y la carcajada abierta. Tomar los sucesos de la vida, incluyendo los más complicados, con una perspectiva positiva, convirtiéndolos en retos y contrapesar nuestras angustias, es decir, aprendí mucho a no angustiarme, porque yo, por lo general, me angustiaba. Y me decía mi mamá: «Ñato, cara de perro, no te angusties, cálmate. Mira, a tu nivel, tú sientes que la cosa es grande, pero yo desde mi perspectiva la veo no tan grande. Así que después te reirás». Y, en efecto, después me reía de haberme preocupado por cosas tan simples.

Entonces, uno aprende en la vida a no angustiarse o a contrapesar la angustia que puedas tener con la seguridad de que las cosas pueden arreglarse o mejorar.

Sobre la base de este consejo para fines del trabajo, por ejemplo, digo: «Si trabajas amargo y angustiado tienes que entregar el informe a las 5 de la tarde. Y si trabajas alegre y proactivo, también tienes que entregar el informe a las 5 de la tarde. Entonces, trabaja alegre nomás».

Por supuesto que ha habido momentos tristes y otros muy duros, pero creo que los momentos felices superan el impacto de los momentos tristes. Y de esto extraigo una lección de vida que comparto con ustedes: «Haz todo lo posible para acumular la mayor cantidad de momentos felices que puedas en tu vida, pues son una fuente de resistencia extraordinaria ante los momentos complicados».

Este para mí es un momento muy feliz.

Continuando con mi familia, les comento que somos cinco hermanos. Una hermana mayor, Rosana, la más engreída de mi papá, por supuesto. Y cuatro hermanos: Guillermo; Roberto: Jorge, a quien le decimos Coqui; y yo.

De mis hermanos aprendí a compartir y a negociar. Nos queremos mucho y nos apoyamos permanentemente, y les agradezco su incondicional cariño. Probablemente, me estén viendo en estos momentos.

Por supuesto, también agradezco a los tíos, tías, primos, que siempre te aconsejan en algún momento clave. Aparentemente, pequeño, pero que tiene un efecto impresionante a lo largo de tu vida.

A veces una simple frase de apoyo es suficiente. Y eso hay que fomentar siempre en las familias. Vernos siempre, estar siempre pendientes, de alguna manera, los unos de los otros.

También formé mi propia familia. Mi esposa se llama Nancy. De quien admiro su extraordinaria capacidad para asumir de manera combinada su propio emprendimiento y liderar con mucho empeño y amor a la familia.

Tengo tres hijos: Mariana, casada con Hugo Salazar López. Es curioso, mi esposa apellida López y yo soy Salazar. Mi yerno es Salazar López; es mi hijo. Por eso le digo: «hijo mío».

Mariana es la mayor. Luego están Sofía y Sebastián. Son mi adoración y con ellos he aprendido que el amor puede expresarse de muchos modos. Tiene diversos rostros y florece hasta en las circunstancias más insólitas, siempre que tu corazón esté abierto y sea permeable al amor. Abran siempre su corazón al amor. Siempre.

Parece un cliché, pero no lo es. Es fuente de alegría, fuente de ilusión, fuente de confianza en la vida. De las múltiples posibilidades que hubo, una terminaste siendo tú. Suficiente para valorar la vida, por lo tanto, cuando te dé vida, siempre para ti. Hazlo y sé permeable, muy permeable al amor.

Envío un abrazo y un beso inmenso a mi esposa, a mis hijas y a mi hijo. Les agradezco mucho la felicidad constante que me dan.

Ahora, el hito de mis amigos y amigas

La vida me ha enseñado que la amistad realmente es un tesoro. Entonces, en este momento imaginen que yo estoy ante un espejo y me ven aconsejándome a mí mismo y me digo: «Ricardo, la amistad nace de muchas maneras y en diferentes escenarios. Pero, una vez que tienes un amigo o una amiga cuida mucho esa amistad. Llama a tus amigos y amigas. Contéstales el WhatsApp cuando te saluden. No los dejes en visto. Envíales saludos por su cumpleaños. Pregúntales cómo se sienten. Cómo se sienten, no qué estás haciendo. «¿Cómo te sientes?» es otro tipo de pregunta. Diles que los quieres. Y no te olvides de que la amistad es un diamante, es decir, es muy vistoso, resistente, horada rocas en el camino de la vida, pero si lo golpeas por acción u omisión en el punto exacto se puede pulverizar. Y ello es muy difícil de recuperar.

Cuidemos a los amigos. Nunca los ofendas. Nunca los olvides. Es fundamental la amistad como un tesoro tuyo y lo debes mantener siempre.

Una de las lecciones aprendidas es que debes abrirte a la amistad, algo así como lanzar una red, tener la mayor cantidad de amigos que puedas, la mayor cantidad de amigas que puedas. Algunos, eventualmente, se irán, pero ten la certeza de que muchos y tendrás muchas vivencias como ellos.

La vida me ha obsequiado muy buenos amigos y con orgullo y admiración les reitero a ustedes mi amistad, y lo bonito es que esta amistad se fortalece en este ambiente de afecto que Karina ha creado y que ya tiene dieciséis años.

Mis hitos académicos. Estudié primaria en el Colegio Champagnat, en Cajamarca. La secundaria la estudié en Chiclayo, dos años en el Colegio Nacional San José, y tres años en el Colegio Militar Elías Aguirre.

En mi caso, mis papás no necesitaron hacerme mucho seguimiento en el estudio, pues fui de los primeros tres puestos en primaria y en secundaria. Fui el primer puesto en el Colegio Militar, fui cadete de honor, promedio anual 18. Además, era deportista de la selección de mi colegio. De esto ya no queda mucha evidencia, pero lo era.

Lo que aprendí en mis colegios, y que agradezco mucho, es que me enseñaron a creer en mí, a tener la convicción de que puedo obtener logros si me lo propongo y si actúo con ilusión.

También aprendí que no siempre puedes lograr todo lo que te propones, pero que hay que seguir intentando. Por ejemplo, en el concurso de oratoria, gané en el tercer intento, uno por año. El primero, hasta el cien, se burlaron una barbaridad. Me pude haber traumado, pero seguí.

En el segundo año ya quedé más o menos, y en el tercer año brillé, y me llevaron hasta la televisión y en los colegios, gané el concurso. La persistencia, pero con mucha alegría, con mucho entusiasmo, confiando en que lo puedes lograr.

También aprendí que en algunas cosas es mejor aceptar estoicamente que no es tu rubro. Hay cosas que, de repente, ya sabes que no.

También aprendí que las amistades logradas durante los años del colegio son presencias permanentes en tu vida y en tu corazón. Cuando ves a tus compañeros y compañeras de primaria o secundaria es como si los hubieras visto ayer, y eso es formidable. Comentemos y protejamos la amistad de nuestros jóvenes siempre.

Seguí la carrera de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Aprendí en la universidad, porque el reto fue impresionante, ya que venía de provincia, de vivir en Chiclayo, y sí sentí el cambio y el reto que te plantea la universidad, en general, porque era encontrarte con personas que pensaban distinto, culturas no necesariamente las mismas, había comunes denominadores, pero había retos. Y la universidad tenía que marcarte un estilo reconocible, porque eso es lo que la universidad siempre se propone.

Y lo bonito del estilo en la universidad es que aprendí a desatar la imaginación, a no tener miedo a pensar, y expresar lo que; pero también aprendí a practicar la tolerancia entre seres humanos, a sabiendas de que todos tenemos igual dignidad. La actitud colaborativa basada en valores también aprendí, y el compromiso sincero con la comunidad para aportar como profesional para su desarrollo integral.

Participé en el movimiento estudiantil de la universidad, y ello me enseñó que la política tiene sus propios códigos, pero que sí es posible ser decente también en ese terreno. Sí es factible la política decente, sí es factible tener políticos decentes, por más desengaños que hayamos tenido, siempre es factible. Si no, los grandes pueblos no existirían, y lo nuestro por supuesto que puede ser. Somos tan seres humanos como de cualquier otro país desarrollado, por lo tanto, lo podemos lograr. Y desde donde estemos, pues, participemos, esa es la idea.

Siguiente hito, mi agradecimiento a Dios. Desde la primera comunión iba casi todos los domingos a misa. Lamentablemente, ya no voy con esa frecuencia, pero de vez en cuando visito alguna iglesia, soy un firme creyente en Dios. Respeto mucho a quienes no son creyentes, pero tengo muy claro que Dios existe y que escucha cuando compartes con Él lo que sientes y cuando le expresas tu fe. Y es bueno tener en cuenta que las enseñanzas cristianas son absolutamente compatibles con las actividades como las que desarrollamos, pues fomenta la cultura de paz, lo cual se enriquece con la visión cristiana sobre la misión en favor de la vida.

El hito de la docencia. Me inicié en la docencia dictando cursos de Derecho Laboral desde el Taller de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Una experiencia excelente, especialmente, por el reto de ser lo más didáctico posible.

Enseñar a trabajadores implica que tienes que hacerte comprender. Entonces, tenías que sustituir muchos términos por los más simples posibles. Y eso es un trabajo muy bonito que te queda para siempre como docente.

En mi primer trabajo me lanzaron al ruedo de dictar conferencias en diversos lugares del país. Empecé a dictar a nivel universitario en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica en el año 1991, y dicto hasta hoy.

Actualmente, dicto Derecho Administrativo en pregrado, en la maestría de Derecho Administrativo y en el programa de segunda especialidad, tanto en temas de Derecho Administrativo general como de contratación pública.

También dicto en la UPC (Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas), en la Universidad Nacional de Ingeniería, en ESAN, en la Escuela Nacional de Control y en el CAEN.

Y, pues, lógicamente, conferencias y cursos con diversas entidades privadas. La principal lección aprendida de la docencia es que las personas son el eje de todo lo que logramos como comunidad. Tengo la convicción de que las instituciones públicas, las empresas privadas, la comunidad misma son, finalmente, las personas que las conforman. Por tanto, mientras mejores personas, mejores entidades públicas, mejores empresas, mejor comunidad.

La formación integral de las personas es vital, nunca la descuidemos. Interésate mucho y auténticamente en las personas para que sean cada vez mejores de manera integral y los resultados estoy absolutamente convencidos de que son formidables.

Considero que si asumimos conscientemente que somos humanos, que actuamos en favor de seres humanos para lograr que tengamos condiciones para que nuestros derechos, efectivamente, sean ejercidos y protegidos, es la base de una misión que siempre debemos mantener.

Penúltimo hito. Hitos profesionales. Hice mis primeras prácticas profesionales en un estudio de abogados y luego en otro estudio de abogados. He caminado la ciudad como no te imaginas. ¡Qué manera de gastar zapatos!

Y antes, los secretarios de juzgado estaban distribuidos en toda la ciudad. No era como ahora que están centrados en el Poder Judicial. Estaban en toda la ciudad. Entonces, tenía que caminar desde las 2 de la tarde hasta las 8 de la noche, rogando que no le cierren la puerta porque si no se perdía algún proceso.

Les agradezco a las prácticas profesionales en estos estudios mi primer contacto con la dinámica real de la profesión. Definitivamente, aprendí que no bastaba conocer las normas, y mis jefes de práctica me dieron unos *tips* para no ser sorprendido en el desarrollo de mi aprendizaje.

El Instituto Nacional de Fomento Municipal fue mi primer trabajo. Me dio contacto directo con las diversas realidades específicas que tiene el país. Viajaba a diversos lugares del país para asesorar a municipalidades. Y me mostró el gran reto de ser creativo e impulsor de nuevas prácticas para canalizar soluciones a temas permanentes.

Aprendí que la necesidad de conocimiento y entrenamiento es alta en nuestro país, y que hay que ser intrépido para abordar esa tarea.

Luego trabajé en el proyecto de modernización del Estado del entonces Instituto Nacional de Planificación. Allí participé en la elaboración de la Ley de Bases de la Regionalización, así como en la elaboración de las diversas leyes de las regiones del país.

Aprendí a participar en negociaciones entre representantes de pueblos a fin de lograr acuerdos para complementarse entre sí y formar regiones.

Aprendí la necesidad de una visión holística integral cuando tienen que abordar temas en que se mezclan factores técnicos y políticos. En esa línea, me sirvió de mucho la experiencia en una ONG especializada en desarrollo municipal en el cono norte de Lima.

También trabajé en la Municipalidad del Callao y en el ámbito tributario. Y ahí sé por qué a tributario nunca me dediqué. Hoy puedo decirlo: «no es tributarista». Con las justas pago los míos.

En la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, hoy Superintendencia Nacional del Mercado de Valores, tomé contacto con el Derecho Administrativo económico y con el derecho administrativo financiero.

Aprendí que las áreas del Derecho privado, público y derecho social se enlazan de modo dinámico, y que hay que procurar que dicho enlazamiento sea coherente, de modo que las áreas del Derecho se complementen entre sí y no haya contradicciones o distorsiones.

Trabajé en la Contraloría General de la República en tres oportunidades, tres años cada una de ellas y, especialmente, trabajé como un profesional de planta. Luego, ocupé cargos como secretario general en dos oportunidades, gerente de desarrollo cuando se producían productos nuevos en materia de control. Fui asesor también del titular de la entidad.

Aprendí a mirar a las entidades públicas por dentro, con temas no visibles desde fuera. Y aprendí que hay que ser muy cuidadoso para lograr que el perfil del auditor responda a la siguiente máxima de equilibrio: «Auditor, firme, pero no abusivo». Primera regla. Segunda: «Colaborador, pero no ingenuo», porque también lo pueden sorprender. Y respecto de su labor y de sus pronunciamientos finales: «Lo que es, es; y lo que no es, no es. No hay que inventar».

Ese punto de equilibrio es vital para quien haga auditoría, fiscalización o cualquier tipo de control, es decir, aquí pone en mesa el tema que se ve también en el foro: la importancia de llegar a diálogos para ver ese punto de equilibrio y asegurarlo.

Aquí reitero la necesidad de que los actores nos pongamos de acuerdo sobre rangos de discrecionalidad mínimos y mínimos no negociables, así como otros temas en la materia.

Trabajé como titular de Consucode, hoy OSCE, en tres oportunidades, periodos 2001-2003, 2004-2006, y el año 2010.

Actualmente, trabajo en Perú Compras. Y aquí, amigos y amigas, debo declarar algo muy simpático. Me alegra mirar que varias iniciativas impulsadas hace 23 o 25 años atrás, con la lógica incertidumbre, porque no había nada de ello en el país, hoy ya son realidad.

La lección aprendida, si notas que puede funcionar, lánzate. No des muchas vueltas.

Ahí yo he inventado un método que les puede servir cuando tienes dudas sobre tu proyecto, si va a salir o si no va a salir. Es un método que, en realidad, combina tres métodos complementarios. Primero, la ciencia. Haces tu línea de base, tu *focus group*, levantamiento de información, evidencia para ti, o sea, haces tu proyecto. Pero, aun así, te queda incertidumbre de si puede resultar o no, ¿verdad?

Entonces, le agregas el segundo método complementario, la intuición. La intuición es una especie de conocimiento destilado que te permite percibir si algo puede resultar o no. Es tu segundo método. Pero aun así te queda un toque de incertidumbre.

Ahí aplicas el tercer método complementario. Un toque de religiosidad. «Diosito, por favor, que nos vaya bien». Y te lanzas.

Trabajar en el OSCE, por supuesto, fue una oportunidad para aplicar todo lo aprendido a lo largo de las experiencias anteriores.

Entonces, había que aplicar lo siguiente. Primero, asumir el reto con entusiasmo. Dos, motivar a los colaboradores, mostrando un auténtico interés por ellos como personas, como seres humanos, es decir, interesarse por cómo se sienten, por cómo están, si están formados, si ya se graduaron, si no se graduaron, cómo está la familia. Sobre esas cosas tienes que interesarte. Es falso que la persona dice: «las cosas de la casa las dejo en la casa, y las del trabajo las dejo en el trabajo». ¡Mentira! Siempre las vas a llevar de alguna manera.

Entonces, tú como jefe tienes que interesarte en que tus personas estén bien, que se sientan bien. Con pobreza o no, pero que estén bien.

Y eso resulta fundamental reflejarlo, en este caso, en capacitación constante y otras actividades para sus habilidades blandas.

Otro criterio imaginario es fomentar la imaginación para lograr soluciones creativas ante los retos.

Otro criterio es la intrepidez, pero con ingredientes de prudencia para asegurar que las acciones sean congruentes con el medio en que se desarrollan.

Y otro criterio es el sentido de misión con la comunidad. Ser consciente de que lo que se hace desde la institución impacte en la comunidad, por lo que se debe hacer las cosas lo mejor posible.

¿Cuáles han sido los resultados obtenidos? Diversificación de los procedimientos contractuales. Teníamos únicamente el procedimiento clásico, se incorporaron la subasta inversa electrónica, el acuerdo marco, las compras corporativas, los encargos de procedimientos contractuales.

Se viene con fuerza el aprovechamiento de la tecnología de la información; se creó el sistema electrónico de contrataciones, se hicieron desarrollos. Aquí está en el proceso OCDE de interoperabilidad.

Se implantó el arbitraje que había sido creado, pero estaba en cero, y ahí es donde fui a visitar a Hugo. Pero yo fui formal. «Doctor Hugo, ¿sería usted tan amable? Necesitamos de su colaboración, no tenemos nada».

Y Huguito, con la amabilidad y la prestancia que le caracterizan porque es un *gentleman*, me dijo: «por supuesto».

Y agradezco aquí a Hugo el fabuloso aporte que nos da. Es un referente nuestro, Hugo. Igual tú, Gonzalo. Referentes nuestros.

Muchas gracias por ello.

Impulsamos la capacitación dirigiéndola de manera masiva a actores públicos y privados. Pasamos de 2000 personas capacitadas al año a un rango inicial de 60 000 personas, y luego hemos llegado a las 250 000 personas capacitadas por año.

Impulsamos la creación de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales que reúne a 31 países de Latinoamérica. Existe hasta hoy. La propusimos en Lima, se firmaron documentos de intención en nueve países primero; y, luego, visitamos en Lima a las 31 embajadas de América Latina. Y se logró que en la OEA se acuerde apoyar la iniciativa de la creación de esta red. Y, finalmente, la OEA ejerce la secretaría de esta red y la presidencia se elige cada año entre las instituciones de compras públicas. Yo tengo el honor de haber sido presidente el año 2010.

Impulsamos y se creó la Red Mundial de Entidades de Contratación Pública. Lo propuse en Nairobi, en un evento de la OECD. Y también una dinámica parecida, lo sustentamos, tuvimos que viajar a París. Ya saben lo triste y doloroso que es ir a París a sustentar, y propusimos que la creación se haga en Cusco, y se hizo en Cusco, en Machu Picchu. 108 países crearon la red mundial. Esa sí hay que reactivarla.

Luego, considero que el método es muy simple. Salir al encuentro de los actores públicos y privados, salir al encuentro de los políticos, de los medios de comunicación, para que coloquen a detalle lo que hace una entidad y persuadirlos e interesarlos para participar en el impulso de iniciativas de mejora contractual, es decir, una institución no puede vivir encerrada. Tiene que salir al encuentro de todos aquellos actores que, de una u otra manera, pueden aportar para que la institución cumpla sus fines y, en conjunto, también, eventualmente, descubra nuevas vetas de acción.

Para terminar, la gran lección aprendida, y que engloba a las lecciones anteriores, y que se ha convertido para mí en un lema personal, y que siempre lo comunico, y que siempre hago que mis alumnos lo expresen a viva voz, es el siguiente: «Las cosas buenas siempre son posibles».

Por supuesto que en el mundo habrá cosas malas, pero yo me intereso por las buenas, porque pierdo el tiempo interesándome por las malas. Las malas… neutralizaré sus resultados, eventualmente, tendré alguna situación en la que tendré que enfrentar, pero, fundamentalmente, me interesa compartir, desarrollar las cosas buenas, porque siempre son posibles.

Mi experiencia de vida es que no obstante que no siempre eso se ha logrado, pero en gran parte de los casos, sí. Y me hace repetir esa frase: «Las cosas buenas siempre son posibles».

Y otra frase que acompaña a esta, y que también se ha convertido en un consejo permanente desde mí, a todos quienes, como ustedes con cariño me dirijo, es: «Sueña en proporciones inmensas, y actúa con entusiasmo y persistencia».

Queridas, queridos amigos, muchísimas gracias por escucharme.

Tengan la certeza absoluta de que estarán siempre en mi corazón y en mis mejores recuerdos.

Karina Zambrano: Es muy emotivo este momento.

Recuerdo que cuando eras presidente de OSCE, nunca vi una entidad en la que todos sus trabajadores estaban felices. Y te pregunté cómo hacías, porque quería trasladar el mismo modelo a mi pequeña empresa. Y me dijiste que los tenía que tratar como humanos, como lo que son. Y creo que ese es el ejemplo de esta conferencia el día de hoy.

Hacemos la entrega de la medalla de oro de la ciudad del Cusco, «Conferencia de Vida», a nuestro querido Ricardo Salazar.

Realmente, es un honor contar contigo.

Día 1 / 4 de abril de 2024

Panel I. Buenas prácticas y debido proceso

Juan José Martínez [1] (moderador)
Manuel Diego Aramburú [2]
Sandro Espinosa [3]
Bernardo Wayar [4]

---

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho por la New York University School of Law, con estudios en maestría en Economía y Regulación de Servicios Públicos. Se ha desempeñado en cargos de secretario general, secretario ejecutivo y asesor en diversas entidades de sectores públicos y privados. Es docente universitario y especialista en procedimientos administrativos, disciplinario, Derecho Mercantil, Derecho Administrativo, de gestión pública, de sistemas administrativos del Estado, promoción de inversión privada, regulación de servicios públicos, y análisis económico del Derecho, entre otros.

2 Abogado por la Universidad de Lima. Con máster en la Universidad de Columbia. Especialista reconocido. Árbitro, y especializado en estos temas.

3 Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Perú, con estudios de posgrado en Arbitraje Comercial Internacional y de Inversión por American University y Washington College of Law. Es director y Profesor en la Escuela de Arbitraje ARBANZA.

4 Abogado de la Universidad Privada Boliviana. Cuenta con un Máster en Derecho por la International Dispute Settlement por la Geneva Graduate Institute, con especialización en análisis de contratos y es socio de Wayar y Von Borries, abogados en Bolivia.

Juan José Martínez: Me toca dirigir este primer panel sobre buenas prácticas y debido proceso en los arbitrajes, y tenemos cinco participantes en este panel. La lógica y dado que tenemos un largo, un largo *schedule* que cumplir, y vamos a tratar de ser escrupulosos en la hora que nos ha sido asignada, de tal manera que tenemos, vamos a desarrollarnos en dos rondas.

Empezamos con el doctor Manuel Diego Aramburú.

Manuel Diego Aramburú: Muchas gracias.

Me toca un tema que todos conocen, en realidad, no voy a decir nada nuevo, pero sí voy a decir algo que muchos nos estamos olvidando, y es que las partes no son dueños de los arbitrajes una vez que los están controlando los árbitros, una vez que pactaron, una vez que el arbitraje está caminando. Ellas son dueñas cuando están de acuerdo, pero no cuando no están de acuerdo. Y muchos arbitrajes se están convirtiendo en la tiranía de la parte contra el tribunal. El tribunal está claudicando muchas veces en su función de tribunal, y lo que hemos escuchado lejano como *due process paranoia* existe, es real.

Y eso es lo que está pasando. Y por eso es que a mí me interesaba este tema de la flexibilidad, porque la flexibilidad es la ventana que abre el *due process paranoia*. No me voy a excluir porque en algún momento también he pensado que era mejor darles a las partes todo para que puedan hacer todo lo que quieran. Ya las cosas tienen que frenarse y tienen que manejarse. Flexibilidad no implica carencia de reglas. No implica abuso de posiciones. No implica saltarse los acuerdos. Y eso es lo que viene pasando muchas veces.

El tema de la acumulación, a veces exagerada, quizás en los arbitrajes del Estado: modificaciones de demanda, solicitudes de ampliación de plazo, audiencias adicionales, pruebas metidas con fórceps.

Porque ahora, claro: se me alogró el *link*, presento otro *link* y, de repente, ahí hay pruebas nuevas. ¡Ah, entonces, mejor!, ¿por qué se lo rechazamos? No, no, no, no. Mejor dejen que el *link*… porque no sabemos si estuvo bien o mal. 6 6Muchas de esas cosas, el tribunal, en vez de ponerse los pantalones largos y tomar una decisión, a veces lo permite.

¿Pero qué pasa? ¿Cuál es la contrapartida? Que tenemos un Poder Judicial que no está apoyando a los arbitrajes. No los está apoyando. Porque la anulación que existe o las anulaciones que existen por debido proceso, somos el único país del mundo que hace eso. Es terrible.

Yo hace poco estaba redactando un laudo. Me tocó ser presidente con dos árbitros extranjeros. Y su principal crítica era ¿por qué el laudo tan largo? Y nosotros en mente tenemos que si no lo hacemos tan largo, no explicamos todo, y si no explicamos todo, van a decir que no lo han fundamentado, y si no lo han fundamentado, nos van a decir que el laudo es nulo. Bueno, eso pasa. Y mientras no tomemos una decisión de cambiar las cosas, mientras no nos pongamos fuertes, eso va a seguir pasando.

Entonces, ¿qué cosa es lo que yo veo en la flexibilidad que ha pasado y qué debemos hacer o no hacer?

La ley de arbitraje —y discúlpenme aquí si no entro tanto en el arbitraje del Estado, porque yo creo que deberían ser dos arbitrajes totalmente separados, o sea, yo no creo que el arbitraje privado y el arbitraje del Estado deban convivir en una misma norma, para empezar. Bueno, hoy día conviven, entonces vamos a tratar de hacer que convivan bien— regula, o sea, mantiene la flexibilización como un principio fundamental. Y lo vemos en muchos lugares, en muchos momentos en la ley. Primero,

en el convenio arbitral hemos pasado de uno escrito por causal de nulidad a uno que puede ser oral, con una grabación, porque la ley permite que el arbitraje se pruebe bajo cualquier medio.

Entonces, se ha flexibilizado muchísimo el convenio arbitral. Eso hace que el pacto sea mucho más simple, sobre todo hoy, cuando la verdad es que los contratos firmados en papel hoy ya no son la mayoría, hoy son la minoría. Ni siquiera nuestros laudos se firman en papel muchas veces.

Entonces, esa flexibilización en el convenio arbitral, que esté reconocida en la ley, ha sido vanguardista para lo que pasó con la pandemia, porque hoy día es normal pactar un convenio arbitral electrónico, y no pasa nada, y todos estamos de acuerdo con él, y ni siquiera lo cuestionamos como algo poco natural.

El segundo gran tema que tenemos cuando pensamos en flexibilización, es decir, el proceso civil y el arbitraje son distintos. El proceso civil tiene un Código Procesal Civil y el arbitraje no tiene unas reglas. Sí las tiene, pero no son reglas obligatorias. Las partes son dueñas del arbitraje. Por eso dije bien claro, cuando hay acuerdo. Cuando hay acuerdo, fijan sus reglas y regulan su arbitraje, establecen su arbitraje. Y lo pueden regular en varios momentos, en el convenio arbitral, o al decidir someterse a una institución arbitral que ya tiene reglas. Adquieren esas reglas y consideran, dentro de su libertad de contratar, que esas reglas sirven para su caso.

Si bien este principio es fundamental, porque el arbitraje no es rígido, es dinámico, tiene ciertos límites. Y los límites, en mi opinión, más importantes son los que están en el convenio arbitral, por eso tenemos que aprender a redactar un convenio arbitral. Esas cláusulas tipo, que muchas veces vemos, no son un buen convenio arbitral. Cualquier eventual conflicto que surgiera de este contrato será resultado mediante arbitraje, no es un buen convenio arbitral. Es un convenio arbitral suficiente, pero no necesariamente un buen convenio arbitral.

Podemos tener convenios arbitrales distintos dependiendo de la materia, dependiendo del tipo del contrato, y dependiendo del tipo de tribunal que queramos tener también, porque podemos establecer reglas para el tribunal, cosa que hemos olvidado hace mucho tiempo.

Otro grado muy importante de flexibilidad, y esto también los jueces van a tener que entenderlo porque a veces no lo ven, es el artículo 40 de la Ley de Arbitraje. Que permite a los árbitros resolver aquellas cuestiones adicionales y accesorias que se presenten en el caso. O sea, nosotros no solo tenemos que resolver las pretensiones, podemos ir más allá porque la ley lo permite. Imagínense una situación bastante real. La demanda es que me concedan penalidades, o que me paguen penalidades, eso me piden, pero primero tengo que resolver, o tengo que analizar si hubo incumplimiento. Y probablemente parte de la resolución diga «hubo incumplimiento y por eso hay penalidades, o no hubo incumplimiento y por eso no hay penalidades», pero primero tengo que calificar el supuesto que da origen a la penalidad. Ese es un ejemplo muy simple que les doy ahora, pero puede haber muchos, tenemos esa facultad, podemos ir un poco más allá. No quiere decir que podamos ir hasta donde queramos, pero el artículo 40 permite expresamente que el tribunal conozca todas las cuestiones accesorias que se presenten en el arbitraje.

Otro caso muy común es cuando las partes no deducen la caducidad. Se ha presentado en el arbitraje, al margen de que sea de orden público se ha presentado. De hecho, somos competentes y de hecho tenemos que conocerlo, aunque las partes no lo invoquen; pero hay un problema, tienen que decirle a las partes que lo van a resolver y tienen que darle la oportunidad de que se pronuncien, porque si no ahí sí ustedes están violando el debido proceso.

Entonces, las cuestiones adicionales, conexas o accesorias que se presenten, porque, claro, una cuestión caducidad puede estar conexa, accesoria.

El tema de los plazos, artículo 34.4 de la ley. El artículo 34.4 de la ley señala que el tribunal puede modificar los plazos aún vencidos. ¿Cuáles plazos? ¿Sus plazos o los plazos de las partes o los plazos del reglamento?

Hay, incluso, laudos anulados por esta razón. Y esto se ha vuelto a abrir en discusión. Las partes pactan diez días para presentar la demanda o se someten a un reglamento que establece diez días para presentar la demanda. Una parte no la presenta y dice: «Oye, amplío». O la va a presentar y dice: «Amplíame un día más, no llego». ¿Pueden ustedes ampliar ese plazo? La discusión es si puede o no puede. En principio, no puede porque es un plazo de reglamento, un plazo pactado por las partes.

Si ustedes han fijado el plazo y las partes no tienen nada que ver, de repente podrían ampliarlo por consideración a equis circunstancias, pero tienen que justificarla. Lo que le va a pasar, inmediatamente, es que le va a venir una recusación, porque han beneficiado a una parte, probablemente, frente a la otra.

Entonces, el tema de la flexibilidad no es carencia de reglas. El tema de la flexibilidad no es claudicar. El tema de la flexibilidad no es permitir todo. La gran cantidad de audiencias que piden a veces las partes son ridículas, absurdas, o que nos quieran meter pruebas al final, o que nos quieran forzar a revisar cosas que no debemos, o que quieran que revisemos papel por papel todo lo que presentan.

Un ejemplo que les puedo poner y que tienen que hacer. Cuando les presenten 5000 hojas de pruebas, sienten a la parte y díganles: «la página exacta y el párrafo que quieren que revise». Y van a ver cómo de las 5000 pruebas terminan 30. Sientan a la parte y le dicen: «Vamos a analizar todas tus pruebas, y me vas a decir cuál es la parte medular de la prueba y cuál es la parte de la prueba que quieres que revise», porque muchos presentan por presentar.

Flexibilidad también es que el tribunal pueda exigir a la parte simplificar, limpiar y revisar lo que quieren que ustedes revisen, para que después no les digan: «No revisaste mi prueba 354, página 2001».

Entonces, principio de flexibilidad, sí; reglas, sí, pero, por favor, cuando ustedes son árbitros, ustedes dirigen el proceso y tienen que saber que no puede haber la tiranía de la parte frente al tribunal arbitral.

Sandro Espinoza: Gracias, Juan José.

Quería recordarles lo de la firma digital en el lado en un caso que tuve el año pasado, ya no es tan segura, porque hubo un caso que tuve en México, dos partes peruanas que cuestionaron la notificación del laudo con firma digital, porque no había constancia de que los árbitros se habían juntado presencialmente en México para firmar. Fue un intento, porque no llegó a la anulación del laudo.

Me ha tocado hablar de lo que es el principio de igualdad. Y si bien es un principio que estoy seguro que acá el público especializado o profesional lo conoce bien, hay ciertos temitas que, como dice también Manuel Diego, me gustaría recordar.

Debemos partir de que no importa que una parte esté asesorada por un abogado brillante y que la otra parte esté asesorada por un abogado no tan brillante, o que la parte tenga muchas razones para litigar y que la otra parte no tenga muchas razones para litigar.

Lo que importa, realmente, es que tanto el abogado brillante sin razones como el abogado no tan brillante con razones tengan igualdad de condiciones en la misma cancha. Eso es el principio de igualdad.

Este principio de igualdad, a pesar de que pareciera obvio, tiene ciertas particularidades. Algunos en el Perú dirían que es también una reglamentación de arbitraje internacional. Porque el concepto de justicia lo varía un poco.

Si se dan cuenta, es mucho más importante, para poder preservar la integridad del laudo, proteger las reglas y que las reglas sean justas, que el fondo de lo resuelto sea justo.

Y eso es bien claro cuando vemos las causales de anulación de laudo. ¿Yo puedo anular un laudo porque el fondo no es justo? No. ¿Puedo anular el laudo porque las reglas no fueron justas? ¿Sí?

Entonces, ya vemos un poco ahí la importancia de ver, de proteger las reglas a través del principio de igualdad. Y tengo una frase que me encanta de Bullar, que señala: «El derecho arbitral ha preferido privilegiar la discusión civilizada que la justicia, aunque nos cueste admitirlo».

Entonces, este principio de igualdad, en realidad, se engrana con otros principios que son elementales. Y el principio más importante en el arbitraje, sin duda, es el principio de la autonomía de la voluntad. De ahí parte todo lo que nosotros vemos en el día a día. Pero este principio tan importante se engrana con el principio de igualdad.

De hecho, lo hemos analizado en esta presentación, y me olvidaba, es sobre la base de un artículo del principio de igualdad que he escrito con Christian Estrada, quien está acá, que trabaja conmigo, en el cual analizamos un poco cómo se engranan estos dos principios. Y es importante, el primer punto, que entre los principios que limitan la creación de las reglas en el arbitraje está el de igualdad. El momento en que nosotros empezamos a crear reglas con las partes y nos sentamos, evidentemente, tenemos que ver reglas iguales para todos. Y quien ha estado en un arbitraje sabe que fijadas las reglas las partes parten en igualdad y es, teóricamente, el último momento en que parten con igualdad, porque luego de edificadas las reglas, ¿ya qué entra a tallar? La habilidad de los abogados, ¿qué tan buen abogado tiene una de las partes o no? ¿Qué tan buenos argumentos tiene una de las partes y cuál otra no? ¿Qué tan buen perito tiene una de las partes y cuál otro no?

Entonces, he implementado otras situaciones en las cuales ya están fuera de lo que es el principio de igualdad. Y, entonces, en realidad, ya la regla que siempre nosotros la hemos visto «dame un buen tribunal y tendrás un buen arbitraje», tendremos que ahora agregarle, «y también darle unas buenas reglas». Porque las reglas, con base en el principio de igualdad, van a definir la integridad del laudo.

Y acá quiero dar algunos cuestionamientos que me gustaría con ustedes tratar. ¿Se puede acordar, o puede una parte acordar tener un derecho desigual de defensa en virtud de la autonomía de la voluntad? ¿Se puede reconocer que una parte tendrá derecho a presentar el doble de testigos, triple plazo para contestar la demanda, más plazo para impugnar? ¿Puede una parte aceptar voluntariamente que el árbitro solo escuche a su contraparte? Si la regla es el consenso, autonomía de voluntad, ¿por qué no se podría pactar todos estos temas? Y, de hecho, me gustaría saber si el arbitraje es autonomía.

Hay dos posiciones. Primero está el maestro Born, que señala tajantemente que no se puede. Es una regla de carácter mandatorio respetar el principio de igualdad. No puede haber pacto en contrario. El principio de igualdad está encima de la autonomía y la voluntad.

Pero para los que han escuchado en algún momento a Bullard o han llevado clases con él, ya verán por dónde va su posición. Para Bullard, sí se puede pactar. ¿Y por qué se puede pactar? Porque así como yo puedo pactar en un contrato, y, de hecho, lo vemos mucho y es la temática del Congreso con el Estado, por ejemplo, donde hay muchas desigualdades en los pactos, yo puedo pactar igualmente si el convenio arbitral es un contrato, o lo veo así, puedo pactar también, dentro de mi autonomía de la voluntad, desigualdades en las reglas del arbitraje, y lo puedo hacer.

¿Discutible? Lo dejo en la cancha para ver qué posición ustedes podrían tomar, pero si es que vamos a la ley, ya no pacto, sino a la ley, vemos que ya la Ley de Arbitraje pacta desigualdades cuando

estamos en contratación pública, y creo que ha habido innumerables eventos en los cuales hemos señalado que hay una desigualdad evidente en la exigencia de la garantía de fiel cumplimiento cuando el privado quiere presentar una medida cautelar y no es exigente para el Estado, más allá de que esté quizás dividida la sala en quién aplica control difuso y quién no, es una evidente desigualdad, y esta desigualdad, en realidad, también trata, de una manera, de ser contrarrestada con algunas disposiciones de la propia ley de arbitraje.

Y hay una disposición clarísima de la ley de arbitraje que protege la igualdad, por ejemplo, la resguarda, en lo que es el tema de la composición o la designación del tribunal arbitral.

Cualquier desigualdad que yo pacte en el convenio arbitral, según nuestra Ley de Arbitraje, que implique una ventaja para alguna de las partes en la designación del tribunal arbitral, la Ley de Arbitraje la sanciona con nulidad. Así es, no hay nada más que discutir y, por lo tanto, protege la igualdad.

Entonces, nos preguntamos: ¿toda desigualdad quebranta el principio de igualdad que nosotros tenemos que resguardar como árbitros o proteger como abogados? ¿Es inquebrantable el principio de igualdad? ¿Lo tenemos que respetar siempre en las reglas del proceso? Y les voy a poner dos ejemplos que demuestran que no es siempre así.

El primero es, y es un poco lo que hablaba Manuel Diego, que estamos mal acostumbrados, quizás localmente, a que las partes, los abogados, presenten o varíen incluso su teoría del caso al final, o incluso presenten medios probatorios nuevos en plena audiencia, o en las conclusiones presenten cosas totalmente distintas a lo que se estaba discutiendo.

Y cuando se dan estas situaciones, evidentemente, que nos sorprenden con escritos. Si podemos variar las reglas, darle un poco más de plazo a la oportunidad de quien está haciendo, o la parte receptiva del nuevo argumento.

Y otro supuesto clarísimo, en el cual hay una flexibilidad en el principio de igualdad, que es en las medidas cautelares. Cuando se presenta una medida cautelar y el tribunal ve que es evidente, antes de resolver, es evidente que puede haber un perjuicio, si es que se comunica a la contraparte, y quiere coordinar ciertos temas o aclarar ciertos temas con la parte solicitante de la cautelar, está rompiendo, teóricamente, el principio de igualdad. Se está comunicando solo con una de las partes y no con las dos, que es la regla. Entonces, ¿cabe flexibilizar el principio de igualdad de cierta manera?

Y acá hay una pregunta: si una de las partes varía su teoría del caso, luego de los escritos postulatorios o introduce más pruebas que varían su teoría del caso y el tribunal lo acepta, ¿vulnera el principio de igualdad?

Si ambas partes tienen el tiempo adecuado para presentar su caso, ¿el principio de igualdad no debería tener como objetivo evitar cualquier oportunidad desproporcionada de presentar su caso? Lo pongo un poco en mesa.

Y, de hecho, la doctrina mayoritaria, y con esto termino, señala que una de las misiones del tribunal arbitral, dentro de este principio es evitar el uso del llamado *sandbagging*, que es el guardar un argumento o prueba para ser presentado en un momento en el que la contraparte ya no tendrá oportunidad razonable de responder. Nos pasa todo el tiempo en las conclusiones finales. Las conclusiones finales, es decir, agarro todas las dudas del tribunal y las pongo y las tiro al papel y ya no hay más oportunidad, porque ahí entramos, teóricamente, a fijar el plazo para laudar, si es que estamos en un arbitraje serio, con un calendario. Ya está decidido que no permite escritos nuevos. Entonces, ¿vulnera el principio de igualdad aceptarlo o no? Lo dejo ahí.

Muchas gracias.

Manuel Diego Aramburú: Disculpen que les robo un minuto.

Hay un tema que yo me había acordado hace tiempo, pero creo que no lo hemos visto. Lo acaba de decir Sandro, relativamente, pero es bien fuerte.

Nosotros sabemos que la ley de contrataciones dice que se puede ir a arbitraje a cualquier institución, más o menos. Eso no viene del principio de igualdad y, además, puede ser nulo en un aspecto, porque ahí, en las reglas de esa institución, está la forma de elegir árbitros. Entonces, uno está decidiendo cómo se eligen los árbitros al poder ir a cualquier institución que a él le da la gana que no ha sido pactada. En los arbitrajes privados uno no puede ir a cualquier institución. Tiene que ir a la pactada; el arbitraje público abre una ventana para que una parte pueda decidir cómo se eligen los árbitros. Y eso es nulo conforme a la Ley de Arbitraje.

Entonces, ahí hay un tema que hay que analizarlo muy bien, porque está sancionado con nulidad. ¿Qué pasa si esta institución arbitral dice que todos los árbitros los ponga una parte? ¿Qué pasa si la institución arbitral dice que todos los árbitros los pone ella?

Muchas gracias.

Juan José Martínez: Bien, ahora el turno del doctor Bernardo Wayar. Adelante.

Bernardo Wayar: Muchas gracias.

Me toca hablar sobre un tema que está siendo bastante ingrato. Cantuarias, hace unos años, decía que el deber de motivación de los laudos arbitrales, o el derecho a obtener un laudo motivado, se había convertido en un caballo indomable; sin embargo, eso lo decía por el año 2015. Al presente creo que podemos coincidir todos que no es ya un caballo indomable, sino que, en América Latina, en general, quizás en otras latitudes también —es que no he tenido la oportunidad de ingresar a un análisis más profundo—, podamos observar que se ha vuelto un cáncer para el Poder Judicial. ¿Por qué? Porque se presenta una cantidad inmensa de recursos de nulidad o recursos de anulación, según el término que elija la ley aplicable al respecto. Y también porque se le ha estado dando la oportunidad a los jueces de hacer de árbitros revisores, de hacer una como de un tribunal de segunda instancia.

A diferencia de lo que ocurre en el Perú o en Colombia, en Bolivia, al igual que sucede en España, los tribunales arbitrales tienen la obligación de motivar el laudo. Es un requisito de forma no disponible para las partes; a diferencia, naturalmente, lo que dispone el artículo 62.2 de la ley peruana, que salvo algo que haya faltado, las partes podrían disponer de esa, el artículo 62 y 59, creo, de la motivación.

Ahora bien, ¿qué entiendo yo que implica e importa este deber de motivación? Importa que exista una motivación, al menos, cuando la legislación lo exige. Y que esta motivación no sea irracional o arbitral, es decir que equivaldría a su inexistencia.

Este derecho no comprende, entiendo yo, el acierto o desacierto del tribunal arbitral al momento de interpretar determinada norma, valorar determinadas pruebas o bien no importa que el juez de nulidad o de anulación esté de acuerdo contigo. Y ahí es donde tenemos que tener mucho cuidado.

Hace un momento escuchábamos al querido doctor Manuel Diego Aramburú que existen partes que presentan 30 000 documentos, 300 000 documentos como prueba, y pruebas absolutamente irrelevantes, inconducentes al caso, a los hechos planteados, a las pretensiones planteadas; sin embargo, luego vemos tribunales de nulidad o de anulación que deciden anular el laudo arbitral, manifestando que el tribunal arbitral no se refirió a la prueba J-3004, no se refirió al párrafo quinto de tal documento, al inciso tal del contrato, es decir, que el tribunal arbitral, y en algunos casos, sin siquiera razonar por qué la importancia de esa prueba, simplemente, manifestando que debe haber una unidad probatoria, el tribunal debería haberse referido a todas y cada una de las pruebas. Lo cual es un absurdo.

Por otra parte, hemos visto, coincidimos ahí con, lamentablemente, varios tribunales de nulidad o de anulación en la región, que observan que el tribunal arbitral no se ha referido a todas y cada uno de los argumentos de las partes. Lo cual también es un absurdo.

¿Por qué el tribunal tendría que referirse a aquellos argumentos que han sido irrelevantes para la evaluación o la valoración del caso, de las pretensiones y de las pruebas? No debería ser así.

Y lo peor es que nosotros observamos cómo tribunales de nulidad o de anulación importan interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia respecto a cuál es el alcance, el deber de motivación de los árbitros, con base en decisiones, a casos judiciales, es decir, cómo el deber de motivación o el derecho de tener una motivación, un laudo motivado, es parte del derecho al debido proceso y, en algunos casos, lo consideran, algunas autoridades o autores, parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, o cómo vamos a poder llamar de la tutela arbitral, al final de cuentas hacen una equivalencia con cuáles son los elementos o el contenido que debe tener, las características que debe tener la motivación de los laudos arbitrales, y como si fuera una decisión judicial.

¿Por qué existen determinadas características o criterios que tienen que seguir las decisiones judiciales en la motivación? ¿Por qué? Porque existe una segunda instancia y en una segunda instancia los jueces de segunda instancia pueden modificar esos criterios.

No sucede lo mismo con el arbitraje, por lo tanto, no pueden equipararse los criterios de decisiones de cortes de *habeas corpus* respecto de, por ejemplo, cuál es la motivación o cuáles son los criterios de una debida motivación con los elementos de un laudo arbitral. Es algo que no entiendo, que no es admisible.

He visto esto tanto en decisiones de la Sala Comercial de Lima, he visto que se parecen mucho a las decisiones emitidas por algunas cortes en Bolivia, en La Paz, en Santa Cruz y en Cochabamba, principalmente, y he visto —y eso me gustaría, si luego el doctor Rincón puede abundar sobre esto en Colombia— que en Colombia, de forma muy similar a lo que dispone la ley de arbitraje en Perú, se establece una limitación a la autoridad judicial que revisa la nulidad, se establece que estas no podrán calificar ni modificar ni referirse a los criterios o motivaciones o valoraciones probatorias expuestas por los tribunales arbitrales.

Ahí uno lee ese tipo de artículos y ve que los tribunales de nulidad en Colombia no llegan a conocer esas nulidades y a referirse a las motivaciones; sin embargo, lamentablemente, también podemos observar que si bien no lo hacen por la vía de la nulidad, de recurso de anulación o de nulidad, sí lo hacen por la vía del amparo constitucional. Y al final de cuentas, los jueces constitucionales iniciales incurren en la misma, varios de los jueces, no todos, incurren en el mismo mal.

Sin embargo, tal vez, no sé si decir que tenemos una esperanza, pero creo que sí tenemos un ejemplo importante que deberíamos considerar, tanto en Bolivia, en Perú, en Colombia y en la región, una decisión del 2021, del Tribunal Constitucional español.

La sentencia del Tribunal Constitucional español n.° 65-2001, del 15 de marzo, se los doy completo por si quisieran analizarla, los invito a analizar, establece que el deber de motivación no surge del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que solo es predicable a las que son lesiones emanadas por el Poder Judicial, sino que emana de la propia obligación de la ley de arbitraje.

Segundo, en cuanto al alcance de la revisión de la vía de anulación, el Tribunal considera que el órgano judicial que tiene atribuida la facultad de control del laudo arbitral, como resultado de una acción extraordinaria de anulación no puede examinar la idoneidad, la suficiencia o la adecuación de la motivación, sino únicamente comprobar su existencia, y que dicha motivación no sea arbitraria, irracional o absurda, de modo que las posibilidades de control judicial sobre la motivación del laudo, en cierto modo, son similares a las del tribunal que reconoce cuándo se revisa un amparo constitucional, y eso es un tema aparte.

Es decir que solamente debe controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

Tercero, y en estrecha relación al punto anterior, la sentencia considera que no es lícito anular un laudo arbitral como máxima expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, las partes son las que decidieron no acudir al derecho a la tutela judicial efectiva, sino acudir a un arbitraje. Y del ejercicio de su libertad, por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas por el árbitro, por el colegio arbitral, sean consideradas, a ojos del órgano judicial, erróneas o insuficientes, o, simplemente, porque, de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubieran llegado a otras conclusiones.

Por último, el Tribunal Constitucional español reitera que una sentencia que aplica las exigencias de motivación propias de resoluciones judiciales a los laudos arbitrales ensancha la noción de orden público de la ley de arbitraje, y entra al fondo del debate de la cuestión controvertida, en vez de limitar su actuación a la fiscalización de comprobar los posibles errores, *in procedendo*, o la ausencia de motivación.

Esperemos que estas conclusiones que dispone el Tribunal Constitucional español sirvan de luz para nuestras cortes.

Muchas gracias.

Juan José Martínez: Muy bien, muchas gracias.

Yo voy a hacer referencia única y exclusivamente al tema de contratos del Estado y arbitraje.

Y cuando digo contratos del Estado me estoy refiriendo a los contratos de aprovisionamiento, que en el Perú están regulados por la Ley de Contrataciones del Estado, a los contratos de asociaciones público-privadas, y a los contratos de obras por impuestos.

La ventaja de estar hablando ante expertos, ante profesionales que manejan ambas materias, y acá tenemos representantes desde el lado de funcionarios públicos, de entidades públicas, tenemos profesionales que representan a empresas que son contratistas o proveedores o que contratan con el Estado, tenemos abogados litigantes y tenemos también árbitros. Ustedes no me dejarán mentir, y estoy seguro de que todos sienten que esta relación entre los contratos del Estado y el arbitraje es una relación tóxica, es una relación tortuosa, es una relación de amor-odio. Es como cuando tenemos un zapato que no es de la talla que nosotros realmente tenemos y nos molesta.

Y debo decirles que, en realidad, desde mi perspectiva, este es un capítulo más de algo que desde el Derecho Administrativo ya se viene dando.

Yo diría que es el tercer o cuarto capítulo de una serie que, desde el punto de vista académico, se llama *La huida del Derecho Administrativo*.

Resulta que el Estado, en diversos momentos y diversos instrumentos y diversas instituciones, bajo la idea de hacer funcione mejor, lo que ha hecho es que ha tratado que determinadas áreas o instituciones o servicios o actividades del Estado se manejen bajo reglas privadas. Eso ya existe o ha pasado varias veces desde hace tiempo, no solo en el Perú, sino en otros países también. Uno ha sido el caso de las empresas del Estado.

Las empresas del Estado en varios países se les ha creado el régimen de empresas privadas; y, luego, eso no funciona tanto así.

Otro ejemplo que lo vivimos y yo diría que lo sufrimos también en nuestro país es el tema de la contratación de personal, de la contratación de recursos humanos.

En el sector público tenemos personas que son sujetas al régimen 728. Y resulta que no está la aplicación de ese 728 y no es igual a la del sector privado.

Entonces, en esto que académicamente se llama *La huida del Derecho Administrativo*, o sea, el Estado ha querido sacar determinadas acciones, determinadas actividades, las ha querido llevar fuera del Derecho Administrativo, del Derecho Público para sujetarlos al derecho privado, en realidad, el Estado siempre fracasa o al final retrocede, recula en ese intento.

Y lo que termina pasando, más bien, es que esas instituciones privadas, como el funcionamiento de las empresas, como las relaciones de personal, y creo yo que en el arbitraje también, lo que termina ocurriendo es que esas instituciones, cuando cruzan el portal y pasan al sector público, mutan.

Así como hay los X-MEN, yo diría que también hay un X-ARBITRAJE. Mutaron porque ese cambio hacia el sector público les cambia, no sé si decir que cambia la naturaleza, pero los cambia.

Entonces, quienes ven el arbitraje como un mecanismo para solucionar controversias desde la perspectiva privada, y tenemos este tema de la flexibilidad de reglas, el principio de igualdad y demás cosas, cuando lo miramos desde otro lado, y Manuel Diego y Sandro, ya, de alguna manera, lo han señalado, esta incomodidad, este *discomfort*, pasa eso. Eso es lo que estamos viviendo y no va a cambiar. Hay que asumir esa situación, hay que entender esa situación para entender y Manuel Diego lo ha dicho también de alguna manera.

Si pudiera, desde mi perspectiva, lo regularía de manera diferente. Lo regularía en una norma separada, con sus propias reglas, con sus propios principios, para que no haya esta confusión, porque estamos hablando de arbitraje comercial privado, arbitraje en el sector público. Es más, por ahí algunos han escrito y hablan del arbitraje «administrativizado», como si fuera algo humano.

En realidad, es algo diferente por quién es una de las partes que está interviniendo: el sector público, el Estado, el Estado tiene una naturaleza diferente. Y en el Estado pasan varias cosas.

Primero, que es un conjunto de grandes organizaciones. Cuando hablamos del Estado, no podemos pensar solo en el Ministerio de Producción, en ProInversión, en el Ministerio de Comercio Exterior, o en el Ministerio de Economía y Finanzas. Tenemos 3800 unidades organizacionales en el Estado peruano, de diverso calibre, desde el Banco Central de Reserva, que tiene personas que han hecho doctorados en Harvard, Princeton, MIT, y demás, hasta municipalidades que tienen un funcionario que hace todo, que es el alcalde, que, además, supuestamente, tienen que realizar sus actividades para proteger el interés, lo que se llama en Derecho Administrativo el interés general, el interés ciudadano, que, en realidad, no necesariamente se cumple.

Muchas veces, y teóricamente, doctrinariamente, se dice que el Estado tiene una primacía por la función que tiene; yo sostengo, más bien, que en todas estas relaciones, el Estado es la parte débil, porque las entidades del Estado, que son de titularidad de la ciudadanía, no son manejadas por los ciudadanos en la realidad, son manejadas por un conjunto de personas que son meros administradores. Y ahí, desde la economía, por ejemplo, se habla de la teoría del agente principal y se habla de las distorsiones que se generan cuando los agentes o los administradores son los que manejan las entidades. Y los resultados suelen ser malos, los resultados pueden generar distorsiones.

Entonces eso explica que, justamente, haya una relación diferente y que se le tengan que imponer, por lo tanto, reglas diferentes. Y es por eso que hay reglas que, por ejemplo, en nuestro país, están llevando a que se plantee que la preferencia al arbitraje institucional. Que se planteen reglas de publicidad, cosa que en el arbitraje privado es como extraño, es lo contrario. O que se planteen reglas y requisitos respecto de los árbitros.

Y hay una cosa que ha sido muy discutida, y que creo sigue siendo discutida todavía a nivel de contenido de los laudos, es cuál es el derecho aplicable.

En mi opinión, y por lo que he venido diciendo, el derecho aplicable, más bien, es el Derecho Administrativo, y espero los tomates. Más que, en primer lugar, antes que el Derecho Privado, justamente, por esta relación.

Como digo, ha pasado en los otros casos en donde ha habido esta supuesta huida del Derecho Administrativo con el tema de la actividad empresarial del Estado, con el tema del régimen de personal. Entonces, cuanto antes aceptemos estas diferencias, creo que ahí el zapato nos va a dejar de doler. Y creo que lo mejor que podría ocurrir en nuestro sistema jurídico es tener reglas, o tener una ley específica para lo que es arbitraje de los contratos del Estado, y no solamente para el tema de la Ley de Contrataciones del Estado, sino, en general, para los contratos del Estado.

Muchas gracias.

Empezamos nuevamente con Manuel Diego.

Manuel Diego Aramburú: No puede ser que, en el Perú, el principio de motivación sea el principio de Llamoja en los arbitrajes. Es ridículo que el estándar sea un estándar penal. No puede ser.

Bueno, hacia eso o ante eso nos enfrentamos. Sí, la sentencia del Tribunal Constitucional español ha sido increíble porque, además, les ha torcido el cuello a todos los vocales supremos españoles y a todas las cortes españolas, y ojalá que en Latinoamérica se la copien, y España hoy en día se va a convertir otra vez en sede de arbitrajes, porque les da una tranquilidad muy buena.

Lo de separar los arbitrajes, sí, yo creo que hay que separarlos, pero hay que tener mucho cuidado con algunas cosas porque, en realidad, para muchos, el arbitraje con el Estado o del Estado, como queramos llamarlo, o de contratación pública no es arbitraje.

El arbitraje del Estado, el único que es arbitraje es el de concesiones, el de seguridad jurídica; pero el otro, no necesariamente. Hay que tener mucho cuidado para que no deje de ser arbitraje, no hay que «administrativizarlo», tiene que seguir siendo arbitraje. Si queremos que funcione, ojo.

Hay reglas que tienen que ser distintas, sobre todo, las de transparencia en algún momento. Pero ¿las demás? Hoy el Estado, por ejemplo, con su RNA, se pierde la posibilidad de que los extranjeros sean árbitros. Es una locura. O sea, los mejores no pueden ser árbitros del Estado. Los que más saben, porque nosotros no somos los que más sabemos. Los que más saben son los de afuera que vienen arbitrando desde muchos más años que nosotros. No pueden ser porque no están en el RNA. Y no van a estar en el RNA, porque nadie va a venir a dar ese examen. Y menos que aún que lo entrevisten, y es poco probable que ocurra.

Pero no solo eso, sino que el Estado, en vez de permitirse tener a los mejores, se pone tachuelas en el zapato para no tener a los mejores. Y eso también le pasa con las leyes que regulan el arbitraje, porque ¿en dónde genera leyes para decir que no va a haber corrupción? Cuando mete apelaciones encubiertas con ese Decreto n.° 020; cuando mete reglas que van contra lo que Sandro ha dicho, con el tema de las medidas cautelares. Dicho sea de paso, ahora me han dicho que están comenzando a meter denuncias penales para el que no cumple con esa disposición. Entonces, de verdad, que sí puede ser que el arbitraje del Estado genere mucha incomodidad al Estado. Y que, de repente, debería tener su regla, su norma, para que funcione; pero con cuidado, porque el arbitraje, para que siga siendo arbitraje, tiene que mantener ciertas esencias. La esencia del acceso voluntario que, bueno, podemos discutir si el acceso al arbitraje de contrataciones es voluntario o no, porque nadie nos obliga a entrar al contrato, y si entramos al contrato, sabemos que vamos a ir al arbitraje. Hay una discusión ahí, pero vamos a permitirnos eso. Pero hay reglas que tienen que respetarse.

De otro lado, ¿qué hacer? ¿Cómo hacer para recuperar esto? Transparencia es muy importante, pero, además, hay que educar. Hay que educar a los procuradores, hay que educar a los jueces, hay que educar a los abogados. Hay que educar a los abogados que defienden arbitraje para que sepan lo

que es un arbitraje y no es el Poder Judicial. Todavía hay abogados que defienden arbitrajes como si estuvieran en el Poder Judicial. Y la verdad es que no se puede defender un arbitraje como se defiende un caso en el Poder Judicial. Y no hablo solo de arbitrajes de contratación pública; arbitrajes privados donde los árbitros sí saben de arbitraje, se jalan los pelos porque no entienden lo que está haciendo el abogado cuando está yendo contra tu propio cliente. Porque, claro, lo único que no debe hacer un abogado es enfrentarse al tribunal, insultar… y eso hacen: amenazar. Es increíble, pero pasa, cuando no se dan cuenta de que, muchas veces, el árbitro sabe mucho más que ellos, y de verdad que sabe mucho más que ellos.

Entonces, en vez de tratar de hacer que entiendan el caso, porque el que va a ganar es el que presenta mejor su caso, no el que pone más trabas, es el que presenta mejor su caso. En vez de hacer eso, se distraen en pensar que están defendiendo en otro foro, otra sede, en cualquier otro lugar.

Pero, en fin, lo que tenemos que hacer, los que estamos acá, creo yo, es seguir empujando esto.

Las reglas éticas son el pilar fundamental. Yo creo, y siempre lo repito, aquel que es elegido árbitro y no puede o se siente que no puede votar contra quien lo eligió no debe aceptar ese encargo. Eso es lo que uno tiene que tener siempre en la cabeza.

Y lo otro, aunque lo amenacen, si uno duerme bien, que se sienta cómodo y tranquilo, porque es mejor renunciar ante una amenaza que torcer su voto. Ojo con eso. Pero la verdad es que yo sigo durmiendo tranquilo y feliz de estar acá, feliz de hacer arbitraje; pero sí soy consciente de que hay casos en los cuales uno no debe sentarse, y ojo con eso, no se sienten en cualquier tribunal. No se sienten en cualquier tribunal.

Muchas gracias.

Sandro Espinoza: Bueno, que quería comentar muy rápido de la participación de Bernardo y la que me ha parecido interesante también la de Juan José.

La motivación, la verdad que concuerdo todo con él, y solamente algo cortito, de hecho, cuando empecé a investigar este tema, el tema de la motivación fue una clase que tenía que dar. Vamos a lo más alto, vamos a Estados Unidos, vamos a Inglaterra para ver cuál es el estándar de motivación allá. Y el estándar de motivación de esos dos países es una seria irregularidad que tú tienes que ver en la motivación. En Estados Unidos es peor, el estándar es «desprecio manifiesto de la ley». O sea, tiene que ser algo descarado. Una barbaridad para que uno pueda decir que no hay una motivación y solamente ese estándar procede. Incluso, me comentaba Manuel Diego que había tenido una conferencia en Nueva York y, claro, ¿Perú estaba en cuánto? 19 %, más o menos, de causales de laudos anulados, y claro, Nueva York está en 2 %. Claro, o sea, algo está... «Oye, no, pero acá tengo muchos más arbitrajes». «Oye, si el estándar es Llamoja, creo que estamos ya partiendo bastante mal». Eso respecto a Bernardo.

Sobre Juan José. De acuerdo en algunas cosas y en otras no. A ver, por ejemplo, sí entiendo que el Estado tiene una naturaleza diferente, sin duda. Que al Estado se tiene que tratar distinto a un arbitraje creo que es ya otro tema. Naturaleza distinta porque, y yo creo que tengo la suerte de haber trabajado en una Procuraduría Pública bastante importante por un tiempo que me ha dado todo, hoy día creo que puedo tener una visión de los dos lados.

Entonces, porque me la he vivido todo el día, y, la verdad, tener un año en esa Procuraduría, tengo una maestría y un doctorado en arbitraje también. Pero, claro, cuando a uno le llega una contestación de demanda y tú dices: «¡Dios mío!, pues, este abogado de la Procuraduría, qué malo que es redactando. Yo también puedo estar viendo el lado cuando yo era abogado de la Procuraduría eso, y, claro, si me llega una demanda; me dan veinte días para contestar; la mando al área usuaria, y el área usuaria me devuelve el informe al día 19; tengo un día para redactar… ahí está, pues, ahí está mi contestación.

Bueno, tengo que copiar y pegar, y ponerle un poquito de dosis doctrinarias, y para que se vea que lo ha hecho un abogado, y claro, el informe lo hace un ingeniero.

Entonces, claro, ¿cuál es el problema más allá de crear diferencias para equilibrar un poco o concluir que el Estado tiene naturaleza distinta como temas que, lamentablemente, vemos en la ley de arbitraje que se han modificado, que ya lo hemos tocado.

Yo creo que va por un tema más denso, más interno. El área usuaria, si quieres trasladarlo a una lógica privada, es tu cliente como procuraduría. Él te da toda la información, el bagaje, y él es el que ha estado en el día a día ahí. Entonces, la coordinación entre procuradurías y áreas usuarias es nula a veces.

Entonces, es «Oye, hay que capacitar a las procuradurías». No, hay que capacitar internamente cómo coordina un área usuaria con la procuraduría, porque es la única manera de que se puedan defender bien y tengamos cada vez mejor nivel en un arbitraje con el Estado. Y, claro, hay reglas que nos salen al revés. «Oye, no. Al Estado hay que defenderlo y hay que priorizar arbitraje institucional». Yo creo que nos ha salido por la culata, totalmente.

«El arbitraje institucional es mejor que el *ad hoc*», por todos los casos Odebrecht que, para eso, casi todos fueron en la Cámara de Comercio de Lima; o sea, irónicamente.

Ahora, no, el *ad hoc* es despreciable. Y, ahora, cómo estamos sufriendo con el institucional, con nuestros centros de arbitraje sin regulación.

Entonces, salió totalmente al revés. Nada más.

Gracias.

Bernardo Wayar: Muchas gracias.

Bien, brevemente, voy a comentar sobre la aplicación de esta sentencia del Tribunal Constitucional español.

Afortunadamente, en Bolivia, recientemente, hace menos de un mes, la Corte Primera Constitucional Departamental de La Paz ha aplicado ya la sentencia del Tribunal Constitucional español como una directriz, simplemente. Ha aplicado los mismos criterios para rechazar un recurso de nulidad planteado por una empresa china, lo cual genera bastante optimismo y esperemos que así continúe.

Una pequeña reflexión, después de haber escuchado a mis colegas.

El arbitraje va a ser bueno, si es que tenemos buenos árbitros. ¿Cómo sabemos si es que tenemos buenos árbitros? Porque entendemos que tenemos buenas decisiones. ¿Cuáles son las buenas decisiones? Las que resuelven eficientemente la controversia conforme a los mejores criterios, tanto de derecho o de justicia.

Bien, pero ¿qué sucede si a los árbitros tú los amenazas con procesos penales? ¿Qué sucede si les anulas constantemente o varias veces sus laudos arbitrales?

Pues los abogados o los árbitros que tienen mucho trabajo van a dejar de aceptar ese tipo de procesos. Simple. ¿Por qué yo como árbitro que tengo un montón de trabajo, que me tengo que separar porque, realmente, me gusta la labor de árbitro, tengo que seguir en este arbitraje que me plantea una nulidad, tras nulidad, tras nulidad? ¿O por qué me voy a trabajar a ese país que por muy interesante que pudiesen ser los honorarios me van a seguir un proceso penal? No lo hago, pues. Y

ese es el riesgo que corre el arbitraje si es que tenemos a funcionarios públicos o entidades privadas iniciando procesos civiles o penales en contra de los árbitros.

Tenemos que pensar muy bien cuáles son los efectos. Muchas veces los abogados somos inmediatistas. Pensamos en el efecto en ese momento, justificar al cliente o justificar quizás la procuraduría frente a la entidad pública. Nos estamos olvidando que el daño que se le puede hacer a todo el sistema y que, obviamente, después puede recular. ¿Por qué? Porque puede existir que un árbitro tenga mucho miedo.

Yo conozco un caso en el que un árbitro disidente llama al presidente y le dice: «Mira, yo estaba de acuerdo con todo lo que tú has expuesto, pero es que tú estás fuera de este país. A mí me van a seguir un proceso penal acá. Entonces, por eso tenía que presentar mi disidencia».

¿Qué es eso? Ya estás corrompiendo, corrompiendo la vida. Eso también es corrupción. No solamente recibir plata.

Ahora, ¿qué pasa si, obviamente, vas a amenazar a un árbitro, vas a tener los árbitros amenazados, ahí para que fallen a favor de determinados consorcios o determinadas entidades públicas. ¿Qué va a pasar? Bueno, la otra parte tendrá que pagar el precio que le genere ese riesgo. Entonces, estás promoviendo la corrupción en lugar de eliminarla.

Yo creo que ahí tenemos que ser muy cautelosos los abogados, tanto de las entidades privadas como de las entidades públicas.

Finalmente, creo que al margen de capacitar, y ahí tomo la palabra de mis colegas que han vertido sus opiniones antes que yo. Evidentemente, yo creo que es importante capacitar a los funcionarios del Estado, a los funcionarios públicos; pero yo he visto funcionarios públicos del Perú buenísimos, realmente muy buenos, muy bien capacitados. Que muchos de ellos tienen miedo de los posibles controles que, posteriormente, se hagan sobre ellos, sobre su trabajo y si no han impugnado absolutamente todo, probablemente, luego vayan a perder su trabajo, o les vayan a seguir un proceso por negligencia. No sé si es que lo han visto ustedes también así.

Entonces, yo creo que también hay que cuidar eso, y a los abogados del Estado, si bien hay que capacitarlos, también creo que hay que capacitarlos respecto de cuáles son las consecuencias y las responsabilidades de su actuar, y que no tienen que, realmente, impugnar todo como sea.

Gracias.

Juan José Martínez: Finalmente, yo quisiera señalar tres puntos. El hecho de hablar de una naturaleza diferente que tiene el Estado, que, claramente, no es igual que una empresa privada, y por los intereses y el funcionamiento que tiene, y que eso lleva también a que tengamos esta regulación distinta en el arbitraje, que es lo que yo estoy planteando, no significa que yo esté de acuerdo con las reglas actuales, porque, de hecho, hay que revisar también esas reglas actuales, y hay que generar reglas especiales, reglas diferentes, pero también hay que generar reglas racionales.

Y eso es una cosa que, claramente, y no solamente con el arbitraje, no solamente con las contrataciones del Estado, sino en varios otros temas donde está vinculado el Estado, la regulación cada vez es menos racional. Es más, yo creo que ya estamos cruzando la línea, y se está volviendo, inclusive, irracional.

Lo otro es que también tenemos que ser realistas respecto de todo el sistema arbitral. Y, claro, no predicar entre conversos. También hay que reconocer los riesgos, los problemas y las limitaciones que tiene el arbitraje. Así como hay buenos abogados, hay malos abogados. Así como hay abogados diligentes, hay abogados que son flojos. Así como hay árbitros que son muy buenos, muy reputados, muy reconocidos, y que no venderían o cambiarían su veto por nada, también hay de los otros. Y no

solo con Odebrecht, los casos de Odebrecht que ya tienen varios años. ¿Qué está pasando y qué ha venido pasando con varios de los arbitrajes de emergencia, por ejemplo?

¿Qué ha estado pasando?, y Sandro también lo ha vuelto ahora a señalar, con el tema de ciertos centros arbitrales, porque, efectivamente, decíamos, «¡Ah!, el problema está en el arbitraje *ad hoc*. La solución es el centro arbitral, no los centros arbitrales». Pero, en realidad, lo que nos ha faltado, tal vez, en la regulación es revisarlos, supervisarlos para ver qué están haciendo estos centros arbitrales, porque hay muchas historias, y también hay que hacer aquí un *mea culpa* entre los que estamos dentro del sistema, ya que no lo decimos tan fuerte. No lo mencionamos, tiramos la tierrita debajo de la alfombra. Y, por supuesto que falta capacitación de los procuradores. Por supuesto que falta conocimiento entre el personal de las entidades públicas. Por supuesto que esta relación entre el área usuaria y los procuradores es claramente azarosa. Y, efectivamente, a veces, ni siquiera te mandan el informe para que puedas contestar la demanda. Has tenido suerte de que te contesten el día anterior. Pero, a veces, ni siquiera eso.

Entonces, si queremos defender el sistema arbitral, y ojo, yo no estoy abogando para que el sistema arbitral sea eliminado o resuelto, sino para que sea regulado de manera diferente y perfeccionado para el caso de contratos del Estado. A eso me estoy refiriendo.

Y el tercer punto, así como hay un *due process paranoia*, como decía Manuel Diego, creo que también hemos llegado a un nivel de paranoia en el sector público, de todos aquéllos que hacen revisión, supervisión, control, y acá estamos hablando del Sistema Nacional de Control, de los procuradores, del Ministerio Público y del Poder Judicial. Y lo peor —y es tema de otro congreso— es que se están atiborrando de trabajo, porque todo genera investigación, todo genera proceso, todo genera un disciplinario, todo genera un proceso penal. Y al final eso termina generando una sobrecarga de trabajo tal que termina matando a la calidad. Y termina, al final, y lo vemos ya desde la perspectiva de los ciudadanos, terminamos teniendo un sistema que sobrepenaliza por un lado; pero, por otro lado, no corrige lo que debe corregir, porque los sistemas de sanción están hechos para corregir conductas indebidas y alinear a la gente, y eso no termina pasando.

Pero, como digo, eso es tema de otro congreso.

Muchísimas gracias, y muchas gracias a mis copanelistas.

PANEL II. INNOVACIÓN Y NUEVAS TECNOLOGÍAS (IA) EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL, DABS Y JRD

Alberto Montezuma [1] (moderador)
Carlos López Avilés [2]
Francisco Santillán [3]

[1] Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Máster en Arbitraje Internacional en la Fundación Universitaria Internacional de La Rioja y Diploma de Arbitraje Comercial Internacional y Arbitraje de Inversor Estado, Derecho Internacional y estudios jurídicos internacionales de la American University. Cuenta con Diploma del Curso Superior de Arbitraje en Arbitraje Internacional del CEU San Pablo Instituto Universitario de Estudios Europeos CIAMEN Chartered Institute of Arbitrators. Actualmente, es presidente del Consejo Superior de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Lima y también se desempeña como gerente general de Montezuma Abogados. Profesor del curso Resolución de Conflictos y Arbitraje de la Facultad de Derecho de la Universidad de ESAN.

[2] Ingeniero civil titulado por la Pontifica Universidad Católica del Perú. Expresidente del Centro de Arbitraje del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú. Asesor independiente en temas contractuales de obras, peritajes, arbitrajes y cuentas de resolución de disputas, *dispute adjudication boards*, como método de solución de controversias contractuales, tanto bajo la normativa local como internacional. Desde el año 2023 preside la Sociedad Peruana de Derecho a la Construcción.

[3] Abogado y árbitro ecuatoriano. Socio fundador de Santillán Abogados, doctor en jurisprudencia y abogado, tiene un certificado como consultor de empresas familiares por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid; un máster en Derecho Internacional, Comercio y Relaciones Internacionales en el Instituto Superior de Derecho de Economía de Madrid, ISDE; un diplomado y certificado por el INCAE en Administración de Negocios para Abogados y Alta Gerencia. Es especialista en Derecho Tributario en la Universidad Andina Simón Bolívar y tiene un diploma superior en Gerencia y Comercialización de la Universidad de San Francisco de Quito. Es especialista en Negociación de Conflictos por la Universidad de Harvard, ha estudiado Derecho Informático y Comercio Electrónico en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y en la Universidad de Zaragoza y Lenguas de Estado Unidos Pace University.

Alberto Montezuma: Tengan todos muy buenos días.

Vamos a iniciar este segundo panel titulado «Innovación y nuevas tecnologías (inteligencia artificial) en el arbitraje internacional, JRD, DABs», etc.

Yo le pido a la audiencia que recibamos al ingeniero Carlos López Avilés con un fuerte abrazo, un fuerte aplauso, y nos va a iniciar su disertación.

Carlos López Avilés: Gracias, Alberto.

«Las nuevas tecnologías que se pueden usar en las JRD, DABs, arbitrajes» es el tema.

Como conozco la presentación de los colegas, y que van a referirse a la tecnología como parte de las herramientas que se usan para desarrollarse como JTDD, como DAB, como adjudicadores, yo he preferido enfocarlo desde otro punto de vista, que creo que puede ser de interés de la gran mayoría que es cómo administramos el hecho de tener o ser un adjudicador en uno o más procesos, cómo manejamos el tema de los tiempos, el tema de la facturación, el tema de los documentos, el registro de los documentos, la trazabilidad de los documentos.

Cuando uno tiene una sola JRD o un solo DAB, probablemente, lo hace, pues, con un Excel y listo, suficiente, resuelto el problema. Pero, sabemos, pues, que no es así la realidad. Podemos tener más de uno con distintas partes contratantes que nos imponen distintos requisitos para la formulación, por ejemplo, de las cobranzas, la parte administrativa.

Entonces, cómo manejar toda esa situación que se complica cuando el número de encargos que uno tiene puede ser mayor, incluso, uno podría tener, a la vez, arbitrajes, DABs y JRDS, y cada una se maneja de alguna manera particular.

En la consultora que tengo en sociedad con mi hermano y otro socio más nos dedicamos, como seguramente muchos de ustedes conocen, principalmente, al tema de peritajes en procesos arbitrales o también haciendo informes de expertos cuando las partes nos lo solicitan.

Y al principio lo manejamos muy fácilmente con un cuaderno, pero, conforme pasa el tiempo, la cosa se complica y se complica y se complica más. Y hemos tenido que optar por desarrollar un sistema que nos administre toda esta temática de los documentos, de las fechas, de las reuniones, de las duraciones, de los tiempos, etc.

Entonces, lo que vengo a presentarles, más que una aplicación de la tecnología al proceso en sí mismo, es a la administración de los procesos. Y creo que para muchos puede ser importante o interesante porque el otro va a ser tocado por mis dos copanelistas.

Este es un sistema que todavía lo tenemos en desarrollo, pero, dada la oportunidad de este congreso, pensamos que podría ser interesante mostrar qué es lo que puede hacer, qué es lo que se puede lograr y cómo puede ayudar a los que son adjudicadores, a los que son árbitros o a los que son DABs e, incluso, a los centros de administración también, ¿por qué no?, a administrar los procesos y llevar un control estricto de tiempos, plazos, duraciones, utilización de recursos, etc.

Me acompaña Harold Christian, que es la persona que está desarrollándonos estos sistemas, y creo que les puede ser de interés ver cómo funciona.

Harold Christian: Buenos días a todos.

Muchas gracias por estar acá. Es un placer estar rodeado de tanta gente conocida del medio.

Bueno, les voy a hacer una presentación. Si pueden compartir, por favor, la pantalla, ya yo la estoy compartiendo.

Bueno, mientras tanto les voy hablando un momento. Siempre estamos enfocando a la tecnología y hay un tema de digitalización y todo lo que ha salido a raíz de la pandemia, hizo que muchas cosas fueran virtuales, y de ahí salió y hemos descubierto que hay una necesidad muy grande de muchas compañías, salió todo el tema del teletrabajo, todo el tema de las virtualizaciones; y, simple y llanamente, vimos que había una oportunidad muy grande de digitalizar y ayudar a la gente en sus procesos.

Todos conocemos el Excel. Para mí, particularmente, el Excel es como la MasterCard. Para todo lo demás existe Excel. Lo usamos para todo, en verdad. He visto hasta cartas redactadas en Excel, porque la persona no sabía usar Word. Pero sí, entonces, la tecnología de hoy en día nos ayuda, y nosotros hemos ayudado a compañías a manejar toda esa información de una manera transparente, de una manera trazable, que es importantísimo, de una manera segura, y lograr tener acceso desde cualquier sitio, desde tu celular´, le puedes pedir a tu compañero de al lado «Oye, préstame tu computadora un momento», entras a internet y entraste a tu información, viste, pudiste emitir algo o aprobar algo.

Esto es, por ejemplo, el módulo que se le ha trabajado a Carlos, donde ustedes ven que, por ejemplo, está conceptualizado para las JRD, donde las JRD, tranquilamente, puede una persona tener tantas JRD, participar en tantas como necesite, y puede, tranquilamente, dentro de eso, manejar todo lo que es la parte de los miembros de esa JRD, manejar la parte de a qué proyecto se está trabajando esa JRD, si fuera el caso, documentos complementarios que se van a ir agregando, que maneja toda la JRD.

La otra parte es la parte de controversias. Entonces, esa JRD va a ir sumando una cantidad de controversias, y cada vez que las va sumando, pues, obviamente, hay una serie de pasos a seguir. También hay un manejo documental, hay un manejo del tiempo de ustedes, de cuánto es el tiempo que yo estuve dedicado a cada uno de los procesos. Entonces, bueno, están en lo que es pedidos, respuestas, audiencias. Necesito estar seguro de cuál es mi entregable, necesito estar seguro de la versión que tenemos en eso.

Entonces, puedes tener todo un historial completo de la información, de quién la está subiendo, cuándo la subieron, si hay una nueva versión la va a registrar. Puedes llevar un control detallado de las horas. Mira, «en la preparación del reporte, en tal fecha trabajé de 8 a 10». Él, automáticamente, te calcula la revisión final. «Hicimos al final de la tarde, ya 2 horas 50 que nos gastamos en esto». Esto te va a permitir ir llevando toda la documentación que se va generando con todas las horas con el objetivo de que al final ustedes puedan fácilmente hacer una prefactura y decir: «¡Ah!, listo. Trabajé con estos peritos».

También voy a volver un momento a la parte, hay cosas adicionales, ¿no? Donde tienen las reuniones también vas a participar, si vas a agregar diferentes personas, van todo el mundo participando en las reuniones, los peritos los vas agregando, entonces, el trabajo de esos peritos, el costo asociado de los peritos, es decir, va a ser muy fácil hacer la parte de la administración de tu trabajo. La tecnología que llega es para las personas que son llamadas a formar parte de una junta de resolución de disputas o DABs.

Entonces, eso es lo que vemos, hay muchas otras cosas que se pueden hacer, también hay un tema de gestión contractual, hay un tema de recordatorios que te lleguen mensajes de tal fecha, de tal cláusula, tienes que hacer tal que abajo, o sea, dependiendo del trabajo, esto es un lego, es un *bucket*

de lego que compramos y se van poniendo todos los módulos que sean necesarios en función de lo que ustedes quieran. Eso es lo bonito, que se adapta a las necesidades de cada uno de ustedes y no es que ustedes se tienen que adaptar a algo que está ahí y es estático. Entonces, porque, además, hemos visto cómo van evolucionando las cosas, cómo va evolucionando la persona, los procesos y los *softwares* también tienen que ir evolucionando dentro de las mismas compañías.

Entonces, en este caso, nosotros ayudamos con lo que es la parte de las plataformas y la transformación de la cultura dentro de la compañía.

Carlos López Avilés: Bien, como ven, lo que hemos querido presentarles es lo que estamos desarrollando nosotros para manejar de una manera eficiente la administración de los procesos de un DAB.

Ahora pasaremos, seguramente, a escuchar ya el uso de las tecnologías en el DAB en sí mismo.

Alberto Montezuma: Muchas gracias, Carlos.

Resulta interesante conocer cómo es que la tecnología se va aplicando, y cómo se va adquiriendo y formando parte de la vida diaria, que ese es un tema que lo vamos a ir revisando.

Quizás el impacto que, en este caso, se refleje, no tiene una connotación jurídica, una connotación que nos pueda hacer pensar, puede producir algún resquebrajamiento de algún derecho, una cosa de estas, sino, más bien, es un elemento, es un instrumento para facilitar un trabajo, y esa es otra de las visiones que tenemos, que vamos a tratar de tocar en este panel.

Ahora toca la intervención de Francisco Santillán, quien va a tratar un tema vinculado, precisamente, a parte de su ejercicio profesional y cómo el arbitraje es un instrumento bastante interesante para enfocar la solución de controversias dentro de esta área que él maneja.

Francisco Santillán: Gracias, Alberto.

Buenos días con todos. Muy agradecido por la invitación de participar con ustedes de una temática tan importante e interesante como es el arbitraje.

Y el aspecto que me corresponde, he pretendido y, de hecho, lo voy a hacer, direccionarlo a una realidad jurídico, empresarial, familiar que puede ser y, de hecho, es de interés de todos ustedes, en la medida de que estoy seguro, conocen ustedes del desenvolvimiento del sistema de las empresas familiares, y la especialísima característica que tienen estas, de pretender una continuidad. Sin embargo, de desconocer o, muchas veces, pretender dejar de lado la necesidad de organizarle a este sistema empresarial familiar, precisamente, con normas que les permitan llegar a ese objetivo, pero de manera ordenada, sin afectar los intereses de la empresa, y, sobre todo, cuidando los intereses de la familia.

Para entender esta realidad de las empresas familiares y la necesidad de organizar todo su sistema y la forma como se desempeñan, insisto, orientado hacia la primordial intencionalidad que tienen estas de permanecer en el tiempo con estructura, con control interno, sobre todo, cumpliendo los principios básicos de transparencia, responsabilidad y gestión, se vuelve necesario, digo, que entendamos los principios y cómo estos se aplican en lo referente al establecimiento de reglas de gobierno corporativo y la gobernanza familiar.

Tanto el gobierno corporativo en su concepto y en su naturaleza, como la gobernanza familiar tienen, de hecho, elementos que coinciden y son circunstancias a las cuales la empresa y la familia tienen, necesariamente, que, de una forma transversal, alinearse en todo momento, si es que quieren que los resultados, insisto, de relacionamiento familiar, de estabilidad empresarial, continúen en el tiempo, y, sobre todo, con una orientación suficientemente clara hacia la tranquilidad.

¿Por qué hago yo énfasis en la tranquilidad? Porque mientras no exista una tranquilidad emocional, familiar, interna, difícilmente la continuidad y los resultados de la empresa familiar van a verse

acordes a la intencionalidad de sus miembros y dueños. ¿Por qué? Porque al existir una alteración de la emocionalidad, del relacionamiento, la cercanía de los miembros de la familia, de forma automática se ve reflejada la afectación en el negocio.

¿Qué quiero decir con esto? Que en muchas ocasiones se pretende privilegiar y decir: ¿qué va primero, la tranquilidad de la familia o los resultados del negocio? La respuesta vendría como obvia. Si no hay tranquilidad en la familia empresaria y en la empresa familiar, difícilmente los resultados empresariales van a ser los óptimos y los esperados.

Por otro lado, para que nosotros podamos darle la puerta libre, diría yo, a la empresa familiar y a sus miembros es importante que también tengamos claro en qué consiste el gobierno corporativo, cuál es su real intencionalidad, qué es y cómo debe entenderse al gobierno corporativo en la medida que es un concepto que establece las normas de control interno, de definición de estrategias orientadas hacia un resultado. ¿De acuerdo? ¿Para qué? Para definir por sobre todo, los principios de protección y seguridad de los accionistas, entendiéndose que estos son miembros de la empresa familiar o no, y de terceros relacionados, *stakeholders* especialmente, a quienes me estoy refiriendo, potenciales inversionistas, trabajadores, proveedores, y otros que pueden surgir dentro del giro propio del negocio.

Cuando se establecen estas normas de manera adecuada, y me refiero a las normas de gobierno corporativo, necesaria y paralelamente tienen que crearse también las normas de gobernanza familiar.

Voy por las primeras. Las de gobierno corporativo son aquellas que van a identificar todos aquellos campos potencialmente riesgosos y generadores de conflicto dentro del negocio.

Las normas de gobernanza familiar, en cambio, si bien es cierto, tienen una orientación hacia los intereses familiares con la emocionalidad y con toda la cercanía que esto representa, también deben ser aquellas que cuiden que no haya una transgresión entre lo que quiere la familia y cómo se regula, y las decisiones que toman al respecto, y lo que significan las decisiones que tome la empresa dentro de su giro de negocio. ¿Por qué digo esto? Porque el gobierno corporativo, por un principio básico, hacia dónde se orienta, hacia los resultados, hacia la eficiencia financiera, hacia la maximización de los valores de los accionistas, de la compañía, su crecimiento, su potencialidad futura. Y, sobre todo, algo que es fundamental, pues, se convierte en el caldo de cultivo del conflicto es en la carencia de una adecuada, oportuna y fluida comunicación, y, sobre todo, votación de información.

¿Qué es lo que suele ocurrir? Que, básicamente, todas las compañías, familiares o no, tienen y generan un conflicto cuando quienes están gerenciándola no hacen que fluya la comunicación entre los accionistas y peor si son accionistas familiares. Eso genera desconfianza, básicamente, entre todos sus miembros, porque mientras los miembros de la familia quieren que las normas les ayuden a continuar con su legado familiar y la preservación de valores familiares; por otro lado, en cambio, la compañía lo que pretende es la maximización de la rentabilidad y los buenos resultados.

En ese sentido, el gobierno corporativo define los estamentos de la junta general, el directorio, la presidencia y el gerente, que son órganos dentro de la empresa que van a cumplir y ejecutar, básicamente, las decisiones que tomen; por otro lado, la asamblea familiar, el consejo de familia, que son los que toman decisiones para el interés familiar y que lo transmite de manera adecuada, concatenada y absolutamente equilibrada a los elementos y órganos de dirección de la compañía.

Como ven ustedes, tiene que haber, necesariamente, una afinidad definitiva entre lo que es la línea de gobierno corporativo empresarial y la línea de gobernanza familiar, orientado hacia que los principios que tienen que regir a las decisiones de los miembros de la familia sean aquellos que, necesariamente, ayuden a la continuidad de la compañía.

En ese sentido, tanto el gobierno corporativo empresarial, cuanto la gobernanza familiar, deben mantener un equilibrio permanente y sostenido entre los intereses que persigue el uno y los intereses que quieren alcanzar los otros.

Digo esto porque muchas veces los intereses de los miembros de la familia, ya sean accionistas o no de la compañía, o accionistas activos o pasivos de esta, siempre van a diferir, según el nivel de crecimiento de la familia y de la empresa y los ciclos que esta vaya cumpliendo, y van a variar también los intereses de los miembros de la familia, por lo tanto, va a ser diferente el interés que tenga un accionista activo que trabaje para la compañía a un accionista pasivo que no trabaje para la compañía. Y ahí es cuando, para evitar los conflictos, necesariamente, tiene que acudirse a las normas que se establezca en el gobierno corporativo.

¿Qué hace el arbitraje frente al conflicto? Normalmente, las normas de empresas familiares y todo este proceso suelen abstenerse de poner normas coercitivas, o aquellas que puedan servir para salvaguardar y resolver los conflictos familiares.

Por eso es, y ahí recae la importancia que estas normas del gobierno corporativo, de gobernanza familiar, que, generalmente, se alinean a través de un protocolo, definan y contengan no solo de una forma coercitiva y definida en términos contractuales, lo que deben ser los mecanismos de resolución de conflictos, sino que se trascienda e inclusive se llegue a determinar los campos en los cuales pueden surgir conflictos y cómo a través del propio protocolo se los pueda solucionar, o a través de la metodología y los métodos alternativos de solución de conflictos, por ejemplo, a través de la mediación. ¿Quién actúa como mediador? Precisamente, el consejo de familia, ya sea directamente o a través de un tercero mediador especializado.

Si es que esto no fuese suficiente para solucionar el conflicto familiar, que trasciende y tiene connotación con el conflicto empresarial, se puede ya acudir a un arbitraje administrado o no, de los cuales todos estamos familiarizados, en la medida que este arbitraje, siendo imparcial, profesional, cuide los intereses de la familia y también cuide los intereses de la compañía.

Por eso es importante no temerle a la normativa interna, diría yo, a través del gobierno corporativo y la gobernanza familiar, de establecer las causales de generaciones probables de conflicto y cómo solucionarlas. Más allá de, inclusive, prever reparto de utilidades entre los accionistas familiares, sanciones por incumplimiento de la normativa interna familiar o de las decisiones que se han tomado, cómo podría mediarse. Y si es que esto trasciende, inclusive, a la mediación, ¿cómo el miembro de la familia, frente a una transgresión, diría yo, de las decisiones tomadas, tenga, necesariamente, que verse sujeto a la decisión de un tercero, es decir, un árbitro imparcial?

Como ven, entonces, esta normativa del gobierno corporativo amerita que, en realidad, contenga normas específicas de solución de conflictos a nivel interno de la familia y el arbitraje se convierte en uno, por no decir el mejor de los elementos.

Muchas gracias.

Alberto Montezuma: Muchas gracias, Francisco.

Se me ocurre una pregunta: ¿este arbitraje será de derecho o será arbitraje de conciencia? Porque, finalmente, has puesto que la misión de los árbitros es la de preservar la estabilidad de la familia, obviamente, que es la estabilidad del negocio. Y, en ese caso, yo pienso que debe haber algún factor, o sea, los factores personales, el ingrediente subjetivo es muy importante. ¿Qué experiencia has tenido al respecto?

Francisco Santillán: La pregunta es muy buena y, generalmente, no me gusta que la hagan porque la respuesta suele ser muy ambigua.

En realidad, yo creería, y acuerdo con la legislación ecuatoriana, y considero que también de la región, existe el arbitraje en derecho o en equidad. Y, generalmente, en los casos que yo he manejado, y que, lamentablemente, por el tiempo no pude topar un caso de estudio que había traído, generalmente, lo que ocurre es que, dependiendo de la apertura y de la madurez que tenga ya la empresa

familiar, en los contenidos del protocolo y de las cláusulas de resolución de controversias, uno ya más o menos prevé lo que puede hacer y suele entrar en campos un tanto peligrosos porque determina ciertas áreas donde sí debe ser un arbitraje en derecho y ciertas áreas donde pueda manejarse la equidad, cuando, especialmente, puede haber esa carga de intereses familiares. Y, entonces, uno sí prevé y lo puede definir.

Hemos hecho cláusulas un tanto difíciles de entender muchas veces porque las creen incluso patológicas, ya que se mezclaría dos condiciones en una misma; sin embargo, hemos tenido que hacerlo para lograr avanzar con esto porque al tratarse de temas familiares es muy difícil.

Ha habido casos en los que el hijo ha demandado por determinadas circunstancias al miembro de la familia, cuando todo el consejo familiar estuvo en contra de eso y, sin embargo, los árbitros tienen que resolver y ahí sí se han puesto de acuerdo para que sea uno de equidad.

Alberto Montezuma: En realidad, pienso que ese es un punto importante que revisar. Lo que me parece a mí es que el arbitraje de equidad te da la posibilidad de que no necesariamente vas a resolver bajo tu leal saber y entender, porque si el árbitro es un abogado, entiendo que el de leal saber entender de un árbitro es la ley.

Entonces, ahí otra vez jalando agua para nuestro molino, nosotros nos convertimos, pues en actores sumamente importantes para la resolución de esta clase de conflictos.

Ahora me toca. El tema que voy a tratar está referido a algo de moda, pero una moda a la cual la gran mayoría de esta sala no pertenece, porque nosotros no somos parte de esta generación que nos ha transformado.

Desde el año 2020, la vida de todos cambió y hablamos de una nueva normalidad y hemos asumido eso. Y me refiero a la influencia de las nuevas tecnologías y, en particular, voy a hablar de la inteligencia artificial y el arbitraje comercial nacional y su aplicación al proceso. Un nombre un poco rimbombante, porque, en realidad, no planteo ninguna solución. Voy a dar algunos argumentos, algunos elementos para conocer un poco de lo que estamos hablando y luego una serie de preguntas que nos podamos llevar y responder, porque yo creo que así como los señores jueces piensan que los árbitros les vamos a quitar trabajo, cosa que no es cierto, o que algún tipo de actividad va a quitar trabajo a otros, lo primero que surgió era que las nuevas tecnologías, y, en particular, la inteligencia artificial, le iba a quitar trabajo a los árbitros y a los abogados, y hemos visto que eso no está pasando, porque, como dice el refrán, «entre abogados te veré». Y, efectivamente, porque la solución de los problemas está encomendada a nosotros.

El tema va porque en este momento ya todos estamos inmersos en esto de las nuevas tecnologías, de la inteligencia artificial. Nos pasa como todo, comenzamos a formar parte de este movimiento, pero yo quiero hacer un alto, porque nosotros somos no somos nativos digitales, somos inmigrantes, turistas. Nuestra comprensión de todo, cuando hablamos de esto, de los algoritmos… yo era pésimo en matemáticas, sin embargo, esto es algo que se está usando y es lo que ya tenemos que comenzar a entender.

Voy a hacer una pequeña incursión de modo teórico informativo y luego vamos a tratar acerca de la inclusión en el proceso arbitral, en donde más que aportes, como he dicho, voy a plantear preguntas.

Y así, la inteligencia artificial… ¿Qué es inteligencia artificial? Porque esto es lo que ha irrumpido y nos ha cambiado la vida. Esta inteligencia artificial, debido a la velocidad de su avance, ha generado una serie de interrogantes y hasta rechazos, por lo que es necesario conocerla para despejar las dudas acerca de ella. Y estas dudas se irán despejando en la medida que nos planteemos todas las preguntas que puedan despejar la incógnita.

¿Qué es la inteligencia artificial? Cuando decimos inteligencia artificial nos referimos a la simulación de procesos de inteligencia humana mediante la programación de algoritmos en sistemas informáticos. Esto está tomado de un diccionario especializado que me llamó mucho la atención. Esto dice: «Nos referimos a la simulación de procesos de inteligencia humana mediante la programación de algoritmos en sistemas informáticos […] estos sistemas pueden aprender, razonar, conocer patrones y tomar decisiones imitando ciertos aspectos de la inteligencia humana». Por eso, cuando de pronto vimos eso pensamos que nos van a quitar el trabajo, no vamos a tener qué hacer.

Pero nosotros somos los que hemos creado la inteligencia humana. Y creo que para ello hay que conocer cómo podemos usar la inteligencia artificial: para realizar análisis de grandes conjuntos de datos legales para identificar patrones; para automatizar la redacción y la revisión de documentos legales agilizando la redacción y revisión de documentos; para la búsqueda de análisis de jurisprudencia y doctrina; para la predicción de resultados. Algoritmos de aprendizaje automático pueden analizar casos anteriores y factores relevantes para predecir posibles resultados ayudando a las partes a evaluar las estrategias y los riesgos.

Pero todas estas nuevas cosas generan desconfianza y esto se convierte en desafíos que tienen que ser, de alguna manera, comprendidos para seguir avanzando. Por ejemplo, la confianza en el uso de la inteligencia artificial. El uso de algoritmos avanzados que ayudan y, muchas veces, sustituyen la toma de decisiones diarias y la tendencia actual es inducir al uso masivo y seguir desarrollando sistemas inteligentes, es decir, que ellos trabajen.

Es muy fácil. Nosotros utilizamos Spotify, utilizamos Netflix, utilizamos una serie de aplicativos que tienen algoritmos, están referidos a los que han sido y que se van alimentando a los usos que nosotros tenemos. Y nosotros confiamos. Cuando nos dicen acerca de un restaurante, vamos, nos confiamos. Pero, les pregunto, ¿tendremos la misma confianza cuando tengamos que encargarle la solución de un problema del cual depende nuestra libertad, nuestro patrimonio, nuestra familia, nuestra vida? ¿Nos dará la suficiente confianza? Entonces, ese es un tema que hay que tener en cuenta. La falta de transparencia. Los algoritmos complejos utilizados en los sistemas de inteligencia artificial pueden carecer de transparencia, lo que dificulta entender cómo se llega a tal o cual decisión específica. Esto puede presentar problemas en términos de justificación de las decisiones impactando en la aceptación de dichas decisiones. El uso del algoritmo no es un asunto de trato común y corriente.

¿Cómo funcionan? ¿Cómo se programan los algoritmos? ¿Quiénes los programan y a qué condicionamientos pueden responder? El sesgo algorítmico. ¿Qué es esto? El algoritmo de la inteligencia artificial puede reflejar sesgos inherentes en los datos en los que fueron entrenados. Estos podrían resultar en decisiones arbitrarias —discriminatorias, especialmente— si los datos históricos contienen prejuicios.

Se ha hablado de que la información puede estar cargada de ciertas tendencias que influyan definitivamente y dan el sesgo.

Quiero ir un poco más allá y entrar ya en el arbitraje, que es de lo que, finalmente, quería hablar. Estos desafíos y cuestionamientos que se presentan es necesario incorporarles reglas para manejarlos.

Y en ese sentido es preciso distinguir que la inteligencia artificial en la solución de controversias puede ser de un lado usada como un instrumento para colaborar a la solución de la controversia con eficiencia y certeza. Y también puede actuar como el instrumento que resuelve la controversia sin la intervención humana.

Pero esto depende de nosotros, porque nosotros somos los que tenemos que decidir. Y así sucede. Si nosotros somos árbitros y nos confían una solución de una controversia, el convenio arbitral es muy claro. La solución de la controversia se dará mediante árbitros. Un tribunal arbitral que decidirá lo que supone que es él el que tiene que actuar para resolver. Entonces, se plantea ¿podría el árbitro utilizar la inteligencia artificial para encontrar la solución o podría utilizarla como instrumento?

En ambos casos ¿es necesario que las partes tengan conocimiento de esto? ¿Es necesario contar con la autorización de las partes para esto? Y, si las partes se enteran y autorizan ¿pueden las partes también utilizar la inteligencia artificial para formular sus propias posiciones de defensa y ataque para la defensa de los derechos de sus clientes?

Entonces, ese tema es algo que me llamaba a mí a la reflexión y esas son las preguntas.

Por ejemplo, si redactamos un convenio arbitral, ¿podemos también señalar que los árbitros podrán hacer uso de la inteligencia artificial o, simplemente, no decimos nada y esto puede planear como consecuencia que los árbitros decidan hacerlo? ¿Qué pasa si no lo comunican? ¿Se está violando algún derecho?

¿Quién de acá tiene ChatGPT en su *smartphone*? Todos. Y por casualidad redactas una carta y le dices: «A ver, pónmela en términos más amigables», etc., etc. Y te lo hace, ese es un instrumento. Pero de ahí le planteas a ChatGPT las posiciones, le das algunos elementos y de pronto le pides la solución, ¿tendrías la obligación de comunicarle a las partes de que esta decisión ha sido tomada haciendo uso de inteligencia artificial? ¿Eso te podría liberar del uso?

Para terminar. Mi llamado a la reflexión es que no debemos dejarnos llevar por la ola, sino ser conscientes de la decisión que tenemos que tomar, porque hasta ahora en el Perú, y yo no veo que esto vaya a mejorar o vaya a cambiar, no hay una regulación adecuada. Países del primer mundo están todavía trabajando esto y cada vez se ve que estas normas y estas reglas se van perfeccionando y se va tratando de comprender cuál puede ser la respuesta.

Si nosotros estamos encargados de la solución de controversias, yo les digo, no nos dejemos llevar por la ola, seamos reflexivos y pensemos en los derechos que tienen las partes y en el encargo que hemos recibido nosotros para la solución de una controversia.

De esa manera haremos realmente un aporte y un uso adecuado de la inteligencia artificial.

Muchas gracias.

PANEL III. CINCO AÑOS DE DABS EN EL PERÚ. BALANCE Y PERSPECTIVA

Eric Franco [1] (moderador)
Luis Fukunaga [2]
José Steck [3]
Augusto Gutiérrez [4]
Romina Segura [5]

---

1 Abogado, árbitro internacional, miembro de *dispute boards* y profesor. Ha trabajado en proyectos y controversias de ingeniería y construcción en América Latina, Europa y Asia, tanto como abogado interno de empresas propietarias y de un contratista internacional, así como abogado externo, árbitro y miembro de *dispute boards*. Es *managing partner* en Legal Delta.

2 Ingeniero Civil Colegiado, Consultor, MBA. Máster en Project Management y Concesiones, PMP, PMO-CP, CP3P-F y Mentor acreditado. Estudios de posgrado en Estados Unidos, España, Japón y Perú en UNC-Kenan Flagler Business School, Massachusetts Institute of Technology (MIT), Harvard University, PAD-Universidad de Piura, ESAN Graduate School of Business, entre otros. Especialización y entrenamiento en transformación digital, PMO, *dispute boards*, peritajes técnicos, análisis forense de plazos y productividad en *claims*, contratos NEC y Fidic, asociaciones público-privadas y gestión de proyectos de infraestructura sostenibles (WBG-BID). Profesor a tiempo parcial - Escuela de Postgrado UPC.

3 Fundador de Steck, Tapia, Collantes Abogados. Abogado y magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con más de 17 años de experiencia en Derecho de la Construcción, Arbitraje, Derecho Civil, *dispute board* y Junta de Resolución de Disputas. Obras por Impuestos y Asociaciones Público Privadas. Ha brindado asesoría legal en contratos Gobierno a Gobierno, contratos NEC y Fidic; también, ha brindado asesoría legal en procedimientos de *dispute boards* derivados de los contratos anteriores. Es especialista en Derecho Civil Patrimonial, Derecho de la Construcción, Contrataciones del Estado y Solución de Controversias (Arbitraje, DABs y JRD). Brinda capacitaciones constantes en diversos espacios académicos sobre estos temas.

4 Treinta años de experiencia y sólidos conocimientos técnicos. Con experiencia en gestión de empresas y proyectos en el ámbito de infraestructura, construcción, inmobiliario. Manejo de contratos estándar como el NEC, Fidic y experiencia en *dispute boards*. MBA, MDI, ingeniero civil. NECReg (PM Acreditado) por ICE para NEC3 y NEC4. Miembro de DRBF y listado como adjudicador en la Cámara de Comercio de Lima.

5 Abogada con formación y experiencia en Derecho de la Construcción, así como en la conducción de mecanismos de prevención y solución de controversias. Asesora a empresas en temas relacionados a la elaboración y ejecución de contratos de construcción, así como en el uso de *dispute boards*, junta de resolución de disputas, conciliación y arbitraje nacional. Tiene experiencia en contratos de mantenimiento o de conservación por niveles de servicio. Participa en asesorías para la estructuración y ejecución de proyectos de construcción bajo las condiciones generales que propone el Modelo FIDIC (Libros Rojo, Amarillo, Plateado), entre otros.

[Falla de audio]

Luis Fukunaga: […] Y aunque creo que no fue la mejor expresión para decirlo, hay que tener una dosis de humildad también, por lo menos hay que ser consciente de que hay que ser humildes, porque a veces habrá que reconocer que cometemos errores y darnos cuenta, y ya está. Y sí reconocer que otra parte u otro adjudicador en el grupo, de repente, tuvo una decisión o una actuación que encajaba mejor o que buscaba una mejor solución al proyecto. Son situaciones que van y vienen, pero sí me gustaría hacer énfasis en ello, porque, particularmente, creo que a veces, no tomamos atención a ello o, simplemente, no lo decimos, pero es importante analizar.

El otro lado del espacio que, seguramente, también lo van a comentar y que quisiera comentar un poco es que, esencialmente, nuestra función como miembros de DABs o adjudicadores es una función preventiva, y ese es el foco, realmente, cuando asumimos el reto.

También tenemos una función resolutiva que es sumamente, importante, pero el foco, esencialmente, es preventivo con lo cual eso nos obliga a plantearnos una estrategia de actuación. Voy a decir, Pablo, que tiene alguna connotación que hemos conversado sobre el empleo de la palabra «gestión», que, en verdad, puede definirse de muchas formas, pero digamos que hay que ser conscientes de este reto preventivo, porque, al momento de establecer una estrategia inicial de cómo va a funcionar el DAB entre los miembros, hay que tener claro que este es el objetivo, con lo cual, la forma de interacción con las partes, la frecuencia, la modalidad de las reuniones y algunas situaciones que se puedan dar como talleres o jornadas específicas, va a tener que estar alineado y sintonizado con esa estrategia que el DAB pueda identificar y decidir implementar al comienzo, y que sea producto, además, del acuerdo de todos los miembros.

Sin duda, no es lo mismo tener una estrategia de gestión o actuación preventiva, que una estrategia de gestión resolutiva. Y, si estamos pensando, y no nos damos cuenta de que la esencia de nuestra función desde el día uno, es preventiva, entonces, vamos a estar, de repente, un poco perdiendo esa proactividad e iniciativa para ayudar a las partes, y esperando, más bien, que quizás pueda llegar alguna controversia y concentrar el esfuerzo ahí. Pero el esfuerzo es inicial, y ahí eso es una gran diferencia, por ejemplo, con el arbitraje.

Entonces, digamos que hay que ser conscientes de ello, y hay que, en ese espacio, tomar mucha atención en este objetivo primordial que tenemos desde la función preventiva.

Y el otro *input* que quería realizar es, y alineado con el inicio, y este foco inicial de la gestión del proyecto es, evidentemente, todos sabemos que un proyecto es dinámico, con lo cual, la estrategia que la DAB implemente a lo largo del proyecto, tenemos que ser capaces, como miembros, de leer el proyecto y ver en qué momento se encuentra y ver qué hacemos. No podemos actuar de manera distinta, y eso es sumamente importante porque las necesidades y los requerimientos que el proyecto puede tener o que las partes puedan tener de nuestra parte para ayudar a conseguir los objetivos pueden ser muy distintas del mes uno al mes en el que la obra está en el momento pico o en la fase final de cierre. Y el DAB tiene el reto de anticiparse, leer, proyectarse y establecer acciones que vayan en ese sentido, por ejemplo, hay experiencias de algunos miembros en *project management* que puedan complementar los temas contractuales legales.

Y un último tema que voy a tocar, y con José que estuvimos comentando un tema afuera y, seguramente, José lo va a profundizar, es el tema referido al contrato en sí o a la ley. Como ustedes saben, por ejemplo, tenemos un proyecto con el contrato NEC, opción cualquiera con un reglamento CCI que aplica para los *dispute boards*, pero, usualmente, la cláusula típica es «supletoriamente aplica la Ley de Contrataciones del Estado».

Entonces, hay que tener muchísimo cuidado, porque, en mi experiencia, lo que pasa es que es muy relevante que el equipo, en general, el contratista, el contratante, y, evidentemente, los miembros del DAB, tengan el conocimiento del contrato en sí. Si es contrato NEC, es contrato NEC; si es contrato FIDIC, es contrato FIDIC. No es lo mismo, no hay que subestimar ese espacio. Y pasa, a veces, y lo comentábamos con Augusto también, es que cuando hay, por ejemplo, controversias se termina concentrando el esfuerzo en el tema de ver la Ley de Contrataciones del Estado, y se comienza a hablar del Código Civil, y muchas cosas más, pero se hace no porque no exista en el contrato-ley la solución o la medicina, se hace porque se desconoce que, realmente, en el mismo contrato se puede encontrar la solución y la regulación de lo que se está buscando. Y eso termina siendo un caso, lamentablemente a veces, frecuente y cuando nos llegan a los DABs las controversias nos encontramos a veces que tienen una parte del contrato NEC con muy poco contenido y toda una sustentación del Código Civil.

Son lecciones o reflexiones en función a la experiencia que, en todo caso, pueden ser materia de análisis.

Gracias.

Eric Franco: Muchas gracias, Luis.

Sobre el tema de la tropicalización de reglas, en realidad, en el Perú hay algunos reglamentos que han tropicalizado las reglas internacionales y son muy buenos en realidad, solamente que no nos hemos animado a usarlos en el perfil profesional. Ha comentado también Luis algo muy importante: el tema de la humildad. Estamos a cinco años del uso de la herramienta y la humildad creo que se traduce en *feedback*, en el DAB, escuchando a las partes, creando un espacio para que le digan al DAB cómo va, qué cosa creen que se le está pasando al DAB hacer. Y las partes también abrirse y decir «qué me está faltando» para sacarle el jugo al DAB, para aprovecharlo. A veces, el DAB ya no sabe cómo decir a las partes por qué no hacer esto o lo otro, y las partes se cierran y creen que lo saben todo también, y el DAB también se cierra y cree que lo sabe todo.

Entonces, la humildad, nadie sabe todo, y hay que estar abierto, principalmente, generar el espacio para esa retroalimentación.

José, Luis ha hablado sobre el conocimiento del contrato y la ley, claramente, tanto en JRD como en DAB no se resuelve las controversias en equidad, sino se resuelve en derecho aplicando ley y contrato; sin embargo, es un ámbito donde los abogados no controlan el ambiente, entonces, te pregunto, ¿qué piensas en tu perspectiva de abogado, con la aplicación del Derecho y el contrato por parte de los DABs?

José Steck: Gracias Eric y gracias Luis por dejarme picando la pelota para discutir este tema. Voy a comentar mi perspectiva como abogado en este asunto.

Como abogados, nosotros estamos acostumbrados a buscar el cumplimiento de la ley y el cumplimiento del contrato.

Los miembros del DAB, los ingenieros, los economistas, contadores, las personas de a pie no son ajenas a la ley, todos estamos obligados a cumplir la ley. Y esto no es un simple capricho, sino que está marcado por la Constitución Política del Perú y hay varias reglas que son más de obligatorio cumplimiento para todos. De hecho, el artículo 2 de la Constitución, referido a los derechos de la persona, que ustedes conocen muy bien, dice: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a las seguridades personales, y, en consecuencia, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda. En contrario, todos estamos obligados a hacer lo que la ley manda».

Artículo 109 de la Constitución: «La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial».

Artículo 1354 del Código Civil. «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».

Entonces, ahí ya empiezan las restricciones. Las partes, efectivamente, tienen autonomía, tienen libertad para poner pactos en sus contratos, pero estos están sometidos y sujetos a lo que dice la ley, a los límites de la ley.

Y el artículo 5 del Título Preliminar, además, del Código Civil, indica que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Entonces, de lo anterior, la conclusión primera es que todos estamos obligados a cumplir la ley —y, especialmente, los contratos no pueden ir en contra—. Estas reglas que son imperativas, de orden público, en comparación con abogados locales, no lo digo por las capacidades, pero sí por, usualmente, temas de disponibilidad de tiempo. Y creo también que, como todas las personas, los ingenieros tampoco deben ser ajenos a estas reglas.

La pregunta es, en estos contratos de Gobierno a Gobierno, en los contratos Fidic, contratos NEC, donde tenemos cláusulas Z que son modificadas por las partes libremente, donde tenemos condiciones particulares en los contratos Fidic, donde las partes, libremente, también incluyen sus pactos y renuncias a actualizaciones de precio, ¿qué pasa cuándo se incluye que el cliente no será responsable por ningún motivo, cuando se incluyen pactos que indican que los derechos del contratista caducan si es que no se ejerce el reclamo en un momento oportuno?

Entonces, acá en estos espacios es donde yo veo que, en la práctica, y tomando las palabras de Eric de que es necesario tener *feedback* de los usuarios, está costando a los DABs y al mecanismo en sí mismo, sortear, interpretar, tomar decisiones motivadas, cuando se enfrenta a estos retos normativos, legales, y que no solamente se basan en el contrato puro y simple.

Entonces, sí considero que en este espacio hay una oportunidad de mejora en el mecanismo para mayor conocimiento, para mayor transferencia de conocimiento, de precisión en la aplicación del derecho, de lo que dice la ley combinada con el contrato, como decía Luis, efectivamente. En algunos contratos se especifica: «No vamos a utilizar la norma de contrataciones con el Estado, vamos a utilizar el Código Civil como norma supletoria a este contrato, donde participa el Estado, participa un privado».

Entonces, si bien es cierto esto funciona, el propio contrato toma como referencia que se debe utilizar la ley, no podemos ser ajenos ni los abogados que defendemos en procedimientos de DAB y utilizamos argumentos técnicos, pero también van de la mano de los argumentos legales, y el DAB, en sus decisiones, creo que tampoco puede ser ajeno a lo que dicen las normas imperativas y de orden público. Por lo tanto, la ley también aplica para ellos, no pueden solamente basarse en el contrato.

Muchas gracias.

Eric Franco: Muchas gracias, José.

Una de las discusiones clásicas en el ámbito de DABs es decir o pensar que hay controversias puramente técnicas y controversias puramente legales, pero, realmente, creo que es una discusión superada para muchos porque, realmente, es rarísimo encontrar una controversia que sea puramente técnica y cinco años de DABs en el Perú demuestran que están muy ligados y, al final, la discusión termina siendo rodeada de muchos temas que son legales que rodean los temas técnicos.

Como ha dicho José, las discusiones legales son, verdaderamente, agotadoras, también por los abogados, pero son las discusiones que tienen que haber.

Augusto, tú como usuario desde el inicio de los DABs, acompañando los G2G, también escuchando los comentarios de los extranjeros en el Perú, ¿cuál es tu visión sobre lo dicho?

Augusto Gutiérrez: Gracias.

Es interesante porque he escuchado algunas cosas con las que yo, actualmente, discrepo un poco y creo que es interesante, porque de esa manera, si vamos conversando, probablemente, podríamos irnos entendiendo.

Para responder lo primero que me preguntaste, el camino ha sido muy interesante. Cuando yo tomo Lima 2019, soy uno de los primeros cinco *project managers* de los contratos NEC.

En el contrato NEC, el *project manager* no es una figura diplomática. Existe y es el representante del cliente y es la figura que toma las decisiones. Entonces, yo fui uno de ellos. Yo fui primera vez en mi vida en el sector público, primera vez en mi vida con el contrato NEC que no elegí a mi equipo, varias primeras veces.

Y lo que primero me tocó también fue un DAB, por primera vez, ¿y qué es lo que yo vi? Esta anécdota ya la he contado. Algunos ya la deben haber escuchado, y una persona, un grupo de tres personas que se sentaban al inicio de la mesa, estábamos el *project manager* representante del cliente y estaba el contratista y veíamos al DAB, a los tres señores sentados y veían cómo las dos partes se iban quejando.

Disculpen, yo no puedo usar otro lenguaje que no sea el coloquial, porque eso es lo que pasaba, las partes se iban quejando, y yo iba viendo a los tres cómo iban viendo que, cuando yo, a veces, me quejaba de cosas que realmente no eran muy importante o realmente no movían el contrato, pues me miraban con cara de escepticismo, como diciéndome: «¿en serio te estás quejando de eso?»,, y pasaba lo mismo con el otro lado.

Entonces, fue mi primer *approach* con el DAB. Entendí, me tocaron tres DABs, uno de ellos ya falleció, que es mexicano, me tocaron un español y un peruano; y rápidamente entendí, acá las cosas se tienen que ir resolviendo conversando; uno, y dos, entendiendo que esos tres no somos ni nosotros, ni los que están al frente. Hay una independencia que permite con esos gestos y con esas preguntas empezar a entendernos.

Otra cosa que yo he visto y de lo que hemos estado conversando, me parece genial el paso que ha hecho Romina respecto de cómo se han ido desarrollando las cosas. Yo soy ingeniero civil, todo gracioso acá, a este lado nos han puesto a los ingenieros, Eric, y al otro lado han puesto a los abogados. Entonces, puede haber algunas discrepancias.

Una de las cosas que yo tengo que decir es que yo soy consultor. La empresa que yo represento, soy el *country manager* de Gleeds, que es una de las empresas del consorcio británico que asesora y brinda asistencia técnica a los programas Escuela Bicentenario, RCC y antes Lima 2019, donde hay 200 peruanos, 300 peruanos, 500 peruanos; lo hacen ellos. Nosotros solo somos su asistencia técnica. Uno de esos temas es el contrato.

Mi especialidad, además de representar la empresa, es gestor contractual.

Entonces, yo puedo ser ingeniero civil. Quise ser alguna vez estructuralista, terrible, terminé siendo más gestor de proyectos, pero yo ahora soy un gestor de contratos. No soy abogado, no soy ingeniero cuando trabajo en esto. No soy *quantity supervisor* ni arquitecto. Soy gestor contractual y yo sí creo que las soluciones del contrato están ahí. Los remedios, como indicaba Lucho, están en el contrato, y sí creo, como decía también Lucho, que un DAB tiene que tener algún tipo de profundidad sobre el contrato, así como hay que obligar, y una persona antes lo dijo en un par de paneles anteriores,

había gente, creo que era de arbitraje, que te pedía que le dieras una opinión sobre esto, y cuando le preguntabas, pero de qué parte del documento, no lo habían leído.

Bueno, pasa lo mismo, por si acaso, con los contratos. Los NEC, los Fidic, las partes no terminan de leerlo. Ha habido un avance, la primera vez en Lima 2019 nadie entendía ni siquiera la traducción porque era una traducción de parte, y había expresiones que decían «obras», cuando deberían decir «trabajos», y decían una palabra que era otra cosa, que significaba otra cosa.

Entonces, de lo que hablamos, de lo que me preguntas, Eric, yo creo que, nuevamente, lo digo con humildad, he tenido esta exposición que me ha permitido ver esto, y este camino.

Aprecio mucho esta herramienta, de hecho, yo vengo a todos los eventos donde hay esto, y se habla de las DABs porque, finalmente, creo que si esta herramienta se mantiene, va a ser ese tercero que va a estar dentro del proyecto. Y esta es otra cosa que yo siempre cuento, y a los ingleses les encantó cuando se los dije: «Ya entendí que el DAB es el médico de cabecera». Que el cuerpo es el proyecto; que el corazón puede ser el cliente; la cabeza puede ser el *project manager*; el supervisor puede ser hígado; y el estómago puede ser el contratista.

Cómo hacemos para que no se muera ese cuerpo. Que llegue, por lo menos, a vivir los tres años que tiene que vivir, y entregue la obra que tiene que entregar.

Antes Lima 2019 nunca había trabajado en el sector público, jamás, fue la primera vez. Entonces, había unos ADN que a mí, cuando llegué, obviamente, fueron contrapuestos terriblemente, pero terminamos haciéndolo bien y creo que estos contratos estándar, que es de lo que yo, principalmente, sé, sobre todo, NEC; del Fidic un poco menos, han permitido estas herramientas, y han permitido unas DABs, han permitido el uso mayor del *Bill* y de otras alternativas.

Entonces, mi respuesta es que si bien no concuerdo con todo necesariamente lo que hemos dicho, creo que hablar de esto después de cinco años nos hace bien porque tenemos que cuidar la herramienta, ya que, de otra manera, creo que volveríamos a lo que, actualmente, tenemos, sobre todo, con Ley de Contratación Pública.

Eric Franco: Muchas gracias, Augusto.

Verdaderamente, los G2G, en los últimos cinco años, donde ha habido mucha turbulencia política; un debilitamiento de la capacidad de ejecución de gasto en el sector público, han sido muy importantes para que la brecha se cierre, al menos un poco, y lo vemos en las estadísticas cuando comparamos cómo sería la inversión pública con G2G versus sin G2G, y los DABs a partir del 2020 vienen han jugado un rol muy importante y siguen jugando un rol muy importante, así como las JRD. La cosa es potenciar ese rol facilitador para cerrar la brecha.

Le doy la palabra, brevemente a Romina para un comentario final, por favor.

Romina Segura: Te agradezco.

Creo que, nuevamente, si en algo hemos coincidido todos es que hay muchas herramientas ya puestas sobre la mesa, precisamente, para aplicarlas correctamente. Nuevamente, la idea es, a propósito de la experiencia, también sabemos cuándo ha sido una primera experiencia de la cual hemos venido aprendiendo cómo utilizarlas, también tenemos un periodo medio donde se ha aplicado de la mejor manera, y hoy creo que, a propósito de eso, tenemos la oportunidad de detenernos y mirar qué cosas tenemos que seguir reforzando y otras para mejorar.

Sí, respondiendo a tu pregunta, creo que no hay necesidad de reglamentar o seguir reglamentando. Creo que es un tema de operadores, pero, precisamente, por eso tenemos estos foros de dis-

cusión y estas opiniones que van sobre la base de la experiencia del uso. Yo creo que es muy importante, venimos aplicándolo ya muchos de los que estamos acá, entonces, es un momento, creo, de detenernos. Cinco años es un momento específico, es casi la recomendación que siempre hacen para, incluso, mirar el norte, hacia dónde vamos, así que creo que vale la pena reforzar las reglas que ya tenemos, elegir correctamente las reglas, y esa es una capacidad que tienen las partes de hacerlo bien, y aplicarlas correctamente o de la mejor manera, como dices, quizás, con ese sentido común que tenemos que reforzar.

Panel iv. Debate: ¿Es factible la ejecución y anulación de laudos en el Perú?

Alonso Bedoya [1]

[1] Abogado por la Universidad de Lima y Máster en Derecho (LL.M.) por Queen Mary University of London con especialidad en arbitrajes comerciales internacionales y arbitrajes de inversiones. Ha trabajado con instituciones como la Cámara de Comercio de Lima, el Ciadi y el SIAC. Su experiencia abarca áreas clave como Derecho Inmobiliario, Contrataciones con el Estado, Derecho Corporativo, y Arbitraje Nacional e Internacional, con un enfoque especial en disputas de construcción e infraestructura, así como inversiones. Ha escrito numerosos artículos sobre arbitraje de inversión y arbitraje internacional, los mismos que han sido publicados en revistas del Perú y del extranjero, en idioma español e inglés.

Alonso Bedoya: […] **e**l laudo en el Perú, en las salas judiciales, era del 3 %. Y ahora, veinte o veintiún años después, ha subido un 18 % o un 19 %.

Claro está que estamos hablando de que el arbitraje, un poco el comercial, pero mucho más del arbitraje de contratación pública, pues ha proliferado de una manera tremenda en los últimos veinte años y eso también explica por qué la estadística ha incrementado.

Ahora, pasando a hablar un poco de la participación del Estado en los procesos de anulación, es otra estadística del mismo análisis, nos dicen que, básicamente, el Estado es parte del 77 % de los casos que son demandados en vía de anulación. Y el privado o en temas comerciales solo tenemos el 23 %, o sea, el Estado, básicamente, es el tres cuartos o el 77 %, de todos los casos que van a una sala para anularse.

¿Cuál es el problema? ¿Por qué encontramos que los laudos en materia, sobre todo, de contratación pública, suelen ser declarados, fundados en una mayor relación si lo comparamos con los arbitrajes comerciales? No son muchos los arbitrajes comerciales que suelen ser anulados en comparación a los arbitrajes en contratación pública.

Y uno puede especular, porque esto es meramente especulación, no hay nada concreto, pero yo diría o pensaría que esto puede responder mucho a que el juez o la sala, a la hora, obviamente, de tener que analizar una anulación de laudo, donde de una parte tenemos a una entidad del Estado, que es el Estado, y de la otra parte tenemos a un privado, el juez o la sala, de cierta manera, va a sentir esa presión de ser más riguroso, de ser más acucioso en el análisis, o, de repente, en el resultado más que en el análisis de la anulación, porque, vamos, los recursos del Estado, la entidad que está perdiendo, el que tiene que pagarle al privado, probablemente, no son recursos ni del procurador ni del contralor ni del abogado que representó a la entidad. Es recurso del erario público, del presupuesto anual, de todos nosotros los contribuyentes. Y, de cierta manera, eso genera mucha presión, esa es mi intuición, y creo que muchos estarán de acuerdo conmigo, en donde los jueces y las salas sienten esa presión de tener que ceder de determinada manera ante el pedido de las entidades.

Ahora, también es necesario mencionar, ya esto es otro debate, pero la causal es recurrente, y que es la debida motivación o la falta de motivación en los laudos, se ha vuelto el cajón de sastre para interponer recursos de anulación, y vemos que hay interpretaciones muy antojadizas, o muy, digamos, estrambóticas de ciertos jueces y juzgados, en donde, básicamente, no tienen un concepto claro de lo que es la debida motivación, y creo que se agarran de ese cajón de sastre para, finalmente, satisfacer la necesidad de la entidad o del Estado. Y eso me parece, a mí, importante y peligroso, a la vez, pero eso ya es materia de otro debate.

Ahora, volviendo al tema principal, la pregunta, la factibilidad. ¿Es factible recurrir a la anulación de laudo? Es más, es un derecho, una garantía, establecida en la propia ley de arbitraje, y, lógicamente, da cierta garantía a las partes, no de una segunda instancia, pero, al menos, de una revisión, obviamente, de las formalidades del laudo, y, evidentemente, no podemos desconocer eso y, obviamente, las partes y la entidad que es parte, siempre van a tener ese derecho expedito.

Sin duda, si analizamos las estadísticas, vemos que hay una desigualdad en cuanto a cuántas veces se le da la razón al Estado o a cuántas veces se le da la razón al privado en anulaciones de laudo. Entonces, creo que eso es un tema que también vale la pena analizar.

Ahora, viendo la otra cara de la moneda, hablando de la ejecución de laudos, les voy a ser honestos. Tengo 37 años y vengo de una u otra manera viendo arbitrajes desde hace trece años y nunca he visto que una parte haya cumplido voluntariamente con la condena del laudo. De repente acá tengamos casos en donde sí, las partes han tenido la suerte de que la parte perdedora haya cumplido,

pero yo, la verdad, nunca he visto un caso en donde la parte perdedora haya cumplido, y siempre se tiene que recurrir a la instancia de la ejecución del laudo. Y por más que la cláusula de arbitraje diga que el laudo será definitivo, inapelable, de obligatorio cumplimiento entre las partes, finalmente, la parte que pierde no cumple. Y eso creo que es un tema ya de la idiosincrasia acá del Perú. Siempre se busca cómo se puede hacer, qué leguleyada o qué mecanismo para no pagar. Sí, lamentablemente, esa es la historia de nuestro Perú y nuestra cultura arbitral y judicial en gran medida**,** y tenemos que lidiar con eso y tenemos que, obviamente, rectificarlo, porque de otra manera, nunca va a haber un cambio significativo y, finalmente, el arbitraje va a ser redundante y el ganador de un arbitraje va a tener una victoria pírrica, o sea, de qué te sirve tener un laudo muy bonito en donde ganaste, tienes todas las pretensiones fundadas, declaran una indemnización a tu favor de tantos miles o millones de soles, pero, finalmente, eso no se puede ejecutar.

Y esto pasa también mucho en las entidades, y las entidades o te dicen que no tienen el presupuesto o lo tienen comprometido y que tienen que esperar a que se apruebe el presupuesto del próximo año. Y en esas el contratista puede quedarse años tratando de ejecutar, cobrarse un laudo en el cual ganó.

O también tenemos el otro extremo. Lo voy a decir, el tema no necesariamente es que esté de acuerdo o no con la decisión del fondo, pero la Municipalidad de Lima perdió un arbitraje o ha perdido arbitrajes internacionales, nos guste o no, pero, prepotentemente, ha decidido no cumplir con el laudo, o sea, no cumplir y no pagar y hacer todas las leguleyadas posibles para no cumplirse. Y, lamentablemente, esa actitud prepotente, un poco, da la impresión que en el Perú no estamos en un Estado de derecho en muchas aristas, y creo que, en este caso, los laudos no se ejecutan o se buscan no ejecutar, como es lo que está pasando en las rutas de Lima, los peajes, muy al margen de mi posición personal sobre si ese contrato no fue, hubo temas o no de implicancias, prebendas o no, eso, finalmente, es un tema, pero el tribunal le dio la razón a una parte. La otra tiene que cumplir.

Pero, nuevamente, la prepotencia o el vivo que no quiere cumplir y ver cómo se sale con la suya y queda bacán.

Lamentablemente, eso es con lo que tenemos que lidiar. Y eso me lleva a un poco al siguiente punto que me acuerdo, esta es una de las primeras clases que dicto en arbitraje, cuando hablamos de la naturaleza jurídica del arbitraje, la teoría jurisdiccionalista, que nos dice en el artículo 139 de la Constitución que las tres vías jurisdiccionales son la judicial, la arbitral y la militar. No obstante, por más que sea una vía jurisdiccional reconocida constitucionalmente y hay una ley de arbitraje, los tribunales no tienen ese poder coercitivo, no tienen ese poder, ese *ius imperium*, y no pueden ejecutar, lamentablemente, sus propias decisiones. Por ahí dirán pero la Ley de Arbitraje dice que los árbitros están facultados a ejecutar sus propias decisiones, y si se indica en la cláusula arbitral. La verdad que he visto tres ejemplos en donde se indicaba en la cláusula arbitral que el árbitro tenía la facultad de ejecutar sus decisiones, no obstante, a la hora de la hora, la otra parte no quiso cumplir y no se pudo hacer nada, o sea, finalmente, se tuvo que ir al tema, a la ejecución de laudo. Y es lamentable porque, en principio, algunas medidas, algunas decisiones sí se podrían ejecutar por un tribunal. Eso facilitaría y haría más expeditivo el trámite de tener que recurrir a instancia judicial.

Quiero concluir en que, nuevamente, el tema de la anulación y la ejecución acá en el Perú tienen un tratamiento especial por nuestra propia cultura y nuestra idiosincrasia judicial. Muchas veces los procesalistas son los mismos que ven arbitraje, esto es un poco mi golpe a los procesalistas, dejen de buscar leguleyadas para que no cumplan con el laudo y con las obligaciones. Respetemos un poco el Estado de derecho.

Participante del público: Buenas tardes a todos, soy Fátima Bonassa, de Brasil. Alonso, una curiosidad. ¿Fueron 400 casos discutidos en la corte en un universo de cuántas decisiones arbitrales? ¿Por qué fueron todas contestadas? ¿O cuál es el porcentaje de las decisiones contestadas para que, supongamos, cuál es el porcentaje general de éxito en la contestación?

Alonso Bedoya: Gracias. La encuesta refiere que son, a la que usted hace referencia, me parece que son 400 casos en los que se recurrieron a pedido de anulación. De 400, o sea, la muestra es 400 y de los cuales, fundados, o sea, anulados, en parte o en total, 70, e infundados 329 […] Me parece que fueron 400, el universo, me parece que eran 1000.

Cecilia Blume: Nosotros sabemos que tenemos, básicamente, dos grandes categorías de arbitrajes: los internacionales y los nacionales, en los cuales participa el Estado peruano. Quiero que cuentes, habida cuenta de que has tocado el tema de ejecución, más o menos cómo funciona uno versus el otro, o sea, yo sé que los ministerios tienen un 5 %, me parece, del presupuesto para pagar este tipo de temas, como pueden ser procesos arbitrales o judiciales. Y quisiera saber si sabes cómo hace cualquier empresa que gana un caso que se ve en el extranjero para cobrar.

Alonso Bedoya: Es una pregunta muy interesante la que haces, doctora Blume.

A ver, de los casos internacionales vamos a dividirlos en dos. Los que son Ciadi y los no Ciadi. Los que son reglas Uncitral o no son bajo el Ciadi.

El Ciadi tiene un mecanismo autónomo de ejecución del laudo. En principio, la parte vencedora debería poder ejecutar el laudo, si es que es materia económica pecuniaria, en el país donde ha perdido, el país anfitrión de la inversión, y puede ejecutarse. Y en la vía comercial, la otra vertiente tienes que hacer el proceso que se establece en la Convención de Nueva York. Ejecutar el laudo, artículo 5.2 de la Convención de Nueva York.

Ahora, lo gracioso, y esto es en la práctica, es que es muy improbable que un inversionista pueda ejecutar, cobrar su inversión contra un país que no quiere pagar, o sea, un país como el nuestro, el caso de Rutas de Lima que, simplemente, no quiere pagar el laudo, va a hacer todas las leguleyadas posibles, y el tema es que también hay una ley, sobre todo, una ley americana y también de un tratado europeo, pero son sobre las inmunidades de los Estados soberanos. Y es que de determinados activos no te pueden ejecutar, o sea, no puedes coger el Huáscar y ejecutarlo, o venderlo, o hipotecarlo, y con eso se cobran, porque es un bien intangible, un bien supremo del Estado y eso no entra dentro de lo que puede ser ejecutable.

Entonces, lo único que puede ser ejecutable son activos comerciales del Estado peruano, o sea, si el Estado peruano tiene algún activo, una inversión, algo en un banco, o bienes que comercializa afuera. Y eso, entonces, entra a una implicancia que el inversionista ganador del arbitraje tiene que hacer un *due diligence,* tiene que buscar con una firma especialista que busque activos comerciales del Estado dispersos en todo el mundo y ver de esos cuáles se pueden ejecutar y cuáles no. Y, finalmente, ir a la corte de ese país donde están esos activos y pedir que los embarguen, porque hay un laudo y vaya uno a saber si es que esa corte de ese país va a aceptar o no esa medida, con lo cual, en la práctica, en verdad, es muy difícil que se pueda recuperar, ejecutar un monto indemnizatorio que un país no quiera pagar. La vía más viable, en todo caso, sería la diplomacia o la presión política, porque a la hora de la hora, ejecutar es muy complicado.

Gracias.

Participante del público: Se hablaba de la reglamentación peruana que regula todo el uso de la JRD, y yo, personalmente, cuando empecé a estudiar la ley de contratación del Estado, el reglamento de actuación, y cuando llegué a la directiva, porque se hablaba de que se considera suficiente la reglamentación actual, cuando llegué a la Directiva n.° 012 me quedé un poquito sorprendido de que el tema de las opiniones no vinculantes o la función consultiva, creo que estaba en el artículo 7.6, eran dos parágrafos, diez renglones. Siendo que la ley de la JRD, que la directiva salió en el 2019, después de la famosa 2017 de Fidic, donde agregaron la segunda «A», se dieron cuenta de que había que ir por el lado de *avoiding* y no de *adjudication*, me sorprendió que no se hubieran dado más peso a esa función preventiva, y mi pregunta es: ¿no creen que tal vez en una próxima legislación de la JRD haya que ampliar ese aspecto? Yo creo que la reglamentación actual es un poco carente en ese aspecto, es mi

idea. Y era otra cosa, me gustaría que en el futuro la JRD se transformara en JPRD, «J», ¿no?, Junta de Prevención y Resolución de Controversias, sería un buen paso adelante.

Eric Franco: Gracias.

Yo participé en la redacción de la directiva original, reglamento también, y, bueno, de hecho, que se mencione prevención va un poco más allá de la reglamentación disponible en el momento, o sea, es poco, pero comparativamente es un poco más de lo que se encontraba.

Y varias veces se ha pensado si ampliar, por ejemplo, cuando se ha hecho reglamento de algunos centros, se ha pensado, justamente, qué más se puede decir, y se ha hecho un poco más, pero, realmente, no es tan fácil pensar qué más decir. Creo que hay que, constantemente, pensar cómo darle más relevancia al tema de prevención, creo que cambiar la palabra es algo potente, somos fanáticos de las siglas, ya uno pierde el poder seguir qué cosa significa cada sigla, pero sí, las siglas son importantes y los nombres son importantes, así que el énfasis debería estar en «prevención», si es que es, justamente, lo más importante que se busca.

Participante del público: Quisiera pedir a los ponentes si pudieran entrar un poco en un caso de la Procuraduría General del Estado donde, lamentablemente, la mayoría de los arbitrajes contra el Estado se pierden.

¿Qué ocurre ahí? El arbitraje está perdido, el laudo es desfavorable, y cabe a la Procuraduría de la entidad respectiva atender esta parte del proceso. Entonces, está prevista en la ley también la institución del informe de costo-beneficio que puede hacer, puede ejecutar el procurador.

Yo entiendo que esto va a variar el panorama de la estadística que usted ha ofrecido, porque la Procuraduría tiene que, digamos, en todo caso, hacer números, ¿no? ¿Cuánto va a costar, en principio, el laudo que se ha obtenido desfavorablemente? Uno, gastos, intereses, costos, etcétera. Y, adicionalmente, si a pesar de eso nos sometemos a un proceso de ejecución del laudo, los costos para la entidad, para el Estado, en realidad, se van a ir incrementando.

El caso que usted ha mencionado, por ejemplo, de la Municipalidad de Lima, el tema este que, al final, todos los ciudadanos del Perú van a pagar todo lo que demore, esos gastos adicionales que genera la resistencia al cumplimiento del laudo. Yo le agradecería si usted nos puede ampliar un poco en esta perspectiva, en la cual la Procuraduría General del Estado va a tener que ya, dentro de poco, seguramente, que hacer sentir su peso, porque, al final, se trata, como dice la institución, del costo-beneficio, no generar más gastos al Estado por la inejecución oportuna de los laudos.

Alonso Bedoya: Gracias.

Justo ayer hablábamos hablando con una colega que había sido funcionaria del Estado, de la repercusión de la Contraloría General del Estado y es un tema muy complicado y complejo, sobre todo, para los funcionarios públicos, por lo que yo entiendo, basado en lo que usted me indica, también la propia Ley de Contrataciones del Estado indica que, al principio, se puede hacer una conciliación, y luego de la conciliación, el encargado de la entidad, dependiendo de si es que ve que hay realmente posibilidad de irse a un arbitraje y ganar, tiene la obligación de irse a un arbitraje, si no, puede ser sancionado.

Pero lo que sucede en la práctica es que aun cuando sepa que el arbitraje es innecesario porque, en verdad, la entidad, probablemente, pierda, es este temor a la Contraloría, porque si no inició la solicitud de arbitraje, ¿por qué? Cinco años más tarde, te cae la Contraloría, ¿por qué no inició el arbitraje en este caso? Y, finalmente, vienen las responsabilidades funcionales y, a veces, hasta penales, y yo entiendo al funcionario público en ese aspecto, es que, obviamente, un poco por miedo tiene que actuar de determinada manera, aun sabiendo que si se va a perder un caso, igual tiene que iniciar un arbitraje, porque si no mañana, más tarde, le van a tocar la puerta. Y es lo mismo, claro, en el caso que

usted indica, ahorita, mediáticamente, probablemente, la Municipalidad de Lima tenga fuerzas con las medidas y la medida cautelar que sacó la Corte Suprema, que ha paralizado el peaje. Sin duda, todo ahorita suena muy bonito en el tema político, pero, evidentemente, en cinco años, cuando la actual gestión no esté en gobierno y la nueva administración indague, porque siempre indagan, van a encontrar responsabilidad y, probablemente, la Contraloría va a determinar responsabilidades. Aquellos funcionarios, como bien usted indica, que han demorado o entorpecido el cumplimiento del laudo, y que, finalmente, nos termina costando más plata a todos los contribuyentes.

Entonces, no sé si, de repente, le respondí la pregunta de una u otra manera, pero es un tema de la responsabilidad funcional y el funcionario, muchas veces, por miedo, actúa o deja de actuar, dependiendo de cómo vaya a tener que, a futuro, responder ante la Contraloría General.

Gracias por la pregunta.

PANEL V. CONTRATACIONES CON EL ESTADO EN BRASIL, CHILE Y PERÚ

Renzo Zárate [1] (moderador)
Eduardo Guimarães [2]
Ricardo Salazar [3]
Giorgio Rosso Sáenz [4]
Christian Guzmán Napurí [5]

---

1 Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, maestro en Derecho por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas; especialista en Contrataciones con el Estado, Infraestructura, Gestión Pública, *Compliance* y Resolución de Controversias. Cuenta con posgrado en la Universidad ESAN y en la Pontificia Universidad Católica del Perú en las materias de arbitraje, contrataciones con el Estado y Junta de Resolución de Disputas. Árbitro de derecho inscrito en distintas instituciones arbitrales como el OSCE, el CARC PUCP, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, entre otras.

2 Profesor y consultor en contrataciones públicas con maestría en Administración Pública, servidor del Tribunal de Cuentas del Estado de Río de Janeiro. Autor de libros y artículos sobre licitaciones y contratos.

3 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, máster en Contratación Pública. Profesor de la PUCP, UPC, Universidad San Ignacio de Loyola, UTP, Universidad de San Martín de Porres, UNI y ESAN. Árbitro especialista en contratación pública. Ha participado como invitado en discusiones técnicas de la Ley de Contrataciones con el Estado. Entre los cargos ejercidos se encuentran: miembro de la Comisión de elaboración del Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo General; presidente del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Consucode, ahora OSCE; presidente ejecutivo del OSCE; asesor de la Gerencia General Ositran; gerente de desarrollo; secretario general de la Contraloría General de la República; secretario general de la Superintendencia Nacional de Bienes.

4 Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Ha seguido cursos de especialización en política jurisdiccional, y Derecho Penal y Procesal Penal auspiciados por la Pontificia Universidad Católica del Perú, la USMP y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es consultor y asesor en materia penal, procesal penal y procedimental, habiendo brindado patrocinado a diversas entidades del Estado, entre las que se encuentran diversas municipalidades del país, así como entes privados como compañías de seguridad y proveedores de alimentos y servicios. Cuenta con experiencia en asesoría y manejo de los órganos de dirección y apoyo en las entidades del sector público en sus aspectos legales y administrativos.

5 Abogado, colegiado y magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica en Perú, con estudios concluidos de doctorado en la misma universidad. Actualmente, se desempeña como árbitro a nivel nacional e internacional. Es socio de GNS Guzmán Napurí y Segura Abogados. Es asesor y consultor en materia de Derecho Público. Entre los cargos ejercidos se encuentran: presidente del Tribunal de la Superintendencia Nacional de EsSalud SuSalud: asesor legal de la Alta Dirección del Ministerio de Justicia; consultor de la Oficina Nacional de Procesos Electorales de las Presidencia del Consejo de Ministros y de otras entidades públicas y privadas; asesor en el Ministerio de Economía y Financias; y, director de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos de la OEFA.

Renzo Zárate: Buenas tardes con todos.

Este panel, básicamente, va a hablar sobre la contratación pública tanto en Perú, Brasil, y, básicamente, lo que vamos a hacer es tratar de explorar lo que tenemos ahora, desde mi punto de vista también, ahora que estamos en un proyecto de ley de contrataciones, que hace poco ya están reuniéndose las comisiones del Congreso para ver su aprobación.

Vamos, primero, a escuchar la ponencia del doctor Eduardo Guimarães.

Eduardo Guimarães: Buenas tardes a todos. Estoy muy contento de estar aquí participando de este gran congreso y más contento de conocer personas tan maravillosas.

Voy a hablar un poquito de la nueva ley de licitaciones en Brasil y todos los desafíos que, en estos momentos, estamos enfrentando para intentar utilizar esta nueva ley.

Vivimos el día 1 de abril de 202 la publicación de la tan esperada Ley de Licitaciones, la Ley Federal n.° 14.133, que es un gran paso para el Gobierno brasileño, porque la ley ha traído grandes innovaciones al proceso de contratación pública.

Primeramente, yo quiero hablar un poquito, un panorama de Brasil, porque en Brasil tenemos una gran complejidad, porque tenemos un Gobierno federal, tenemos 26 estados, un Distrito Federal que es Brasilia, nuestra capital, y más de 5500 ciudades autónomas. Y no es sencillo trabajar con todas las reglas que tenemos en cada municipalidad, en cada estado, y también las reglas del Gobierno federal.

Entonces, ¿qué tenemos hoy en Brasil? Tenemos una ley conocida como Ley n.° 8.666, que fue utilizada por más de treinta años.

Una ley que era muy anticuada, que no vislumbraba resultados, solo conformidades. Después tuvimos otra ley que trajo alguna flexibilidad para las licitaciones brasileñas, bajo una modalidad conocida como *pregão*. Además, otra ley conocida como Régimen Diferenciado de Contrataciones, y otra ley solo para las empresas estatales, que son Petrobras, Electrobras, que son empresas que pertenecen a la Administración Pública, pero son regidas por derecho privado.

Y en este escenario, tuvimos en el día 1 de abril de 2021, la publicación de la nueva Ley, la 14.133. Lo que tuvimos en la realidad fue un plazo para utilizar la nueva ley, para aprender a utilizar la nueva ley de licitaciones.

Y un plazo que fue concedido y originalmente fue un plazo de dos años. Dos años donde podríamos escoger utilizar las leyes antiguas o ya utilizar la nueva ley de licitaciones.

Pero ¿qué sucedió en Brasil? Todos escogieron utilizar las leyes antiguas. Y hubo una fuerza muy grande para prorrogar este plazo y fue prorrogado hasta el 30 de diciembre de 2023.

Entonces, nuestro escenario ahora en Brasil es que desde el 1 de enero de 2024 estamos todos obligados a utilizar la nueva Ley de Licitaciones, la Ley n.° 14.133. Esta es la verdad que tenemos ahora.

Entonces, la nueva Ley de Licitaciones presenta para nosotros algunas situaciones interesantes, como, por ejemplo, un portal nacional de contrataciones públicas donde todos los órganos municipales, estatales y también del Gobierno federal tienen obligatoriamente que publicar todos sus datos en

el mismo sitio electrónico en internet. El sitio es conocido ahora como Portal Nacional de Contrataciones Públicas, que va a proporcionar mayor transparencia de las compras públicas de brasileños.

Otra cosa muy importante es que esta ley trae una necesidad de implementación de la gobernanza de las contrataciones públicas. Trae también una obligatoriedad de la actualización del Plan Anual de Contrataciones, la mejoría de la planificación de los procesos de cada proceso de contratación y una nueva modalidad licitatoria conocida como diálogo competitivo, y nuevas reglas para los contratos administrativos.

Entonces, hablando un poquito sobre el portal nacional, ya está en funcionamiento desde agosto de 2021. Entonces, ya es posible buscar las contrataciones de todos los estados, de todas las municipalidades brasileñas que están haciendo estas contrataciones por medio de esta nueva ley.

Y tenemos un aumento de la transparencia y también del control de contrataciones y el control de los acuerdos de contratación con el Estado y el control interno. Y hay grandes funcionalidades en este portal como, por ejemplo, la búsqueda de precios.

Otro desafío que tenemos ahora en Brasil es que tenemos una gran dificultad de hacer planificación a corto y medio plazo. Entonces, ahora tenemos que hacer nuestro Plan Anual de Contrataciones. Es un desafío, principalmente, para las municipalidades.

Tenemos muchos municipios con poquísimas personas capacitadas, con poca estructura de trabajo. Entonces, el Plan Anual de Contratación ya es una realidad en nuestro Gobierno federal, pero cuando pasamos para estados y municipios, tenemos una gran dificultad de hacer nuestros planes. Y la idea es que el Plan Anual de Contratación va a soportar nuestro presupuesto. Nuestro plan anual, nuestra unificación de presupuesto.

Entonces, la idea del Plan Anual de Contratación es la mejoría continua de los procesos de contratación. Que salimos de una situación muy mala para una situación que nos va a permitir planificar las contrataciones y organizar las contrataciones hasta el próximo año.

Sobre cada proceso de contratación tenemos ahora un punto de vista diferenciado. Tenemos que empezar los procesos de contratación por medio de la identificación de cada necesidad de contratación. Cuando tenemos una necesidad de formalizar la demanda y abrir cada proceso administrativo de contratación. Y en cada proceso administrativo de contratación, la nueva ley nos obliga a hacer estudios técnicos preliminares para buscar en el mercado a mejor solución, aquella que va a proporcionar la mejor relación costo-beneficio.

Después tenemos que hacer un análisis de riesgos y al igual que la elaboración de un mapa de riesgos para prevenir, para mitigar los riesgos, y solo después vamos a hacer unos términos de referencia que será un documento que va a contener todas las características de la solución que será contratada, y después vamos a publicar el instrumento convocatorio que es conocido como *Edital de la Licitación*.

Entonces, qué tenemos en la segunda fase. La primera fase es «fase de planificación»; la segunda fase: «selección de proveedores», tenemos algunas modalidades establecidas, y la modalidad más utilizada y más conocida en Brasil, es la modalidad de *pregão*. Y, preferencialmente, todas las licitaciones hechas en Brasil tienen que ser de forma electrónica. Empezamos a hacer licitaciones electrónicas en el 2005 y por medio de esta modalidad conocida como *pregão*, y ahora todas las modalidades licitatorias tienen que ser, preferencialmente, electrónicas.

Una de las innovaciones es una copia que tenemos en la APA, que es la modalidad de diálogo competitivo. Una modalidad muy específica para innovaciones tecnológicas.

Y otra cosa muy importante que hay de innovación en la nueva ley es la posibilidad de hacer un presupuesto confidencial, para que la Administración Pública tenga más poder de negociación con el mercado privado.

Cuando hablamos de contratos administrativos es la tercera fase. La primera fase: «fase de planificación», la segunda fase: «selección de proveedores», y la tercera fase: «fase de los contratos administrativos».

En esta etapa, para los contratos de suministro, para los contratos de servicios, plazos más extensos, plazos que pueden llegar hasta diez años. Tenemos algunos contratos, como, por ejemplo, los contratos de gerencia que pueden llegar hasta 35 años, pero es una novedad de la Ley n.° 14.133.

Una garantía de seguro, que puede llegar al 30 % del precio total del contrato para obras públicas, principalmente, con exigencia de garantía, han empleado cláusula de retornada, o sea, la aseguradora va a continuar la obra pública que está paralizada.

Tenemos ahora la posibilidad de tener en nuestros contratos cláusula de resolución de conflictos que no teníamos en la ley antigua. Entonces, ahora yo estaba charlando con Karina. ¿Hace cuánto tiempo ya tenemos acá? Veintidós años de arbitraje en los contratos con el Estado. En Brasil vamos a empezar ahora. En la administración directa de Brasil estamos caminando muy despacito, muy despacito. Vamos a empezar ahora.

Otra cosa: nueva tipificación de delitos en el Código Penal.

Estas son las principales innovaciones que tenemos en la nueva Ley de Licitaciones, contamos para ver, cuatro días, el día 1 de abril.

Para finalizar, hay una gran expectativa en mejorar las compras públicas en Brasil, pero es necesario capacitar a los gestores públicos. Tenemos personal, pero no están capacitados, no conocen la nueva Ley de Licitaciones, y hoy mi trabajo principal en Brasil es hacer implementar capacitación de los gestores públicos y también consultoría e implementación de la nueva Ley de Licitaciones.

Gracias.

Renzo Zárate: Eduardo, muchas gracias por tu excelente exposición.

El segundo panelista es el doctor Ricardo Salazar

Ricardo Salazar: Muchas gracias.

Lo que ha dicho Eduardo sobre Brasil es formidable porque implica que, además de Brasil y Perú, diversos países en Latinoamérica estamos revisando nuestra normativa y los patrones de nuestros sistemas de contratación pública.

Este es un tema siempre inacabado porque, permanentemente, la realidad y los mercados en los que opera la contratación pública, son mercados reales, con actores reales, pasiones reales, intereses reales, y que muestran diferentes dinámicas también. La dinámica del mercado de obras es distinta a la de computadoras a la de medicina. Los actores también actúan de diferente manera y eso es lo que enfrenta todo régimen contractual público, que pretende tener niveles de calidad, de eficiencia, eficacia, transparencia; y, sobre todo, resultados en favor de la comunidad, porque la contratación pública es un medio para lograr resultados en favor del desarrollo sostenible, que es mucho más que el desarrollo económico.

Sabemos muy bien que el desarrollo sostenible gira en torno a los derechos de las personas, a los derechos humanos, y si es que la idea es que todos los derechos de las personas tengan condiciones

para su efectivo ejercicio y para su efectiva protección, pues la acción del Estado necesariamente tiene que tener ese factor inspirador, el desarrollo integral del ser humano en la comunidad. Y hablo de los seres humanos concretos, los que vivimos hoy, los niños, las niñas que viven hoy, que comen ahora, que estudian ahora, los jóvenes que tienen expectativas hoy, es decir, para personas concretas. No son entelequias, son personas concretas.

Siempre vas a encontrar en el ámbito de la contratación pública personas que están interesadas en hacer mejoras a efectos de que los regímenes funcionen bien. Y la experiencia combinada es formidable, porque hay avances que estoy apreciando que tiene Brasil con su nueva ley que, en algunos casos, el Perú ya los tenía y los tiene desarrollados, pero en otros casos no tenemos nada y vamos a empezar recién.

Entonces es bueno estar siempre conversando e intercambiando ideas, porque eso permite llenar nuestras agendas nacionales con tareas a realizar para la mejora, porque tenemos temas comunes, y lo que es más, el proceso de globalización y de acercamiento a economías es creciente, para que diversos empresarios de nuestros países estén en el otro país, y viceversa.

Entonces, es fundamental que tengamos un colchón, una base, a nivel de todos los países, en materia de contratos públicos. En el caso peruano hay un hito que se ha producido el 2018, con aplicación a partir del 2019, que es la implantación del Sistema Nacional de Abastecimiento. El Sistema Nacional de Abastecimiento, como sistema formalizado existió en Perú desde el año 1975 hasta el año 1995 y se lo desactivó.

Operaba sobre bienes y servicios y hubo mucho trabajo realizado entonces, pero la desactivación implicó que los tres componentes de la cadena del abastecimiento, que son la programación, las contrataciones y adquisiciones, y la administración en bienes, servicios, y ahora obras, se desarticuló formalmente.

Los que planifican se sabe que son integrantes de la cadena de abastecimiento. Los que hacen contrataciones también son conscientes de ello y los que hacen la entrega de los bienes, la recepción de bienes, también saben que forman parte del sistema, de la cadena de abastecimiento, pero cuando no está formalizada cada cual va por su lado. Y eso es lo que hemos tenido en Perú.

Eso se replantea y se reimplanta, el Sistema Nacional de Abastecimiento, en el 2018 con aplicación a partir del 2019 y hoy el Perú está en un franco proceso de consolidación del Sistema de Abastecimiento.

Para el efecto tenemos una entidad rectora, que es la Dirección General de Abastecimiento, que es un órgano del Ministerio de Finanzas que tiene el rol rector y de definición de políticas operativas a nivel de toda la cadena de abastecimiento.

Hay dos entidades intermedias solamente para el tema de contratos, que son OSCE y Perú Compras, y la dinámica ha empezado a desarrollarse. Se quiere aprovechar las tecnologías de la información mediante catálogos únicos de bienes, servicios y obras, un solo gran sistema, una gran plataforma de plataformas informáticas, una sola, pero que se alimente de la información proveniente de las plataformas existentes hoy y de otras que vayan a haber. Y eso ya empezó a realizarse. No es un tema pacífico, porque hay lenguajes distintos, construcciones distintas y, por lo tanto, hay todo un esfuerzo que ya empezó.

Así como el Seace, sueñen a veinte años. Esto lo vamos a tener recién, los resultados reales, quince, veinte años adelante, pero no hay que detenerse, es decir, hay que apostar a ello, y esa es la idea en el caso peruano. Pero la coyuntura política no es apropiada todavía para la aprobación de una nueva legislación que acompañe lo que se haya hecho.

¿Cuál era la idea originaria de hace dos o tres años atrás? Tener una ley general de la cadena del abastecimiento público que sustituya toda la legislación existente en materia de abastecimiento, que sustituya la normativa sobre programación, que sustituya a la Ley de Contrataciones del Estado, que sustituya a toda la normativa existente para administración de bienes, servicios y obras. Y el proyecto se publicó el 4 de octubre del 2020, pero la coyuntura no era propicia para abordar ese tema.

¿Qué se dijo? «¡Ah!, entonces, focalicémonos solamente en la Ley de Contrataciones». Y se elaboró un proyecto de la Ley de Contrataciones prepublicado en abril del 2021, pero la coyuntura tampoco estaba preparada.

Entonces, ya no vayamos por la ley, vayamos por el reglamento que eso es ya más propio del Ejecutivo. Y se hicieron algunas modificaciones puntuales. No es lo ideal, pero se hicieron algunas modificaciones puntuales.

El tema no ha quedado ahí. Han seguido los esfuerzos. Han aparecido varios proyectos de ley. Y, finalmente, se elaboró un proyecto más, un último proyecto, por el Ejecutivo, que fue enviado al Congreso y que desde el 2023 está en proceso de discusión.

Como ha habido varios proyectos en el Congreso, las comisiones respectivas se han reunido y han sacado un proyecto consolidado. Pero, aun así, se requiere un mayor afinamiento y en eso se está.

¿Cuáles son los ejes? Focalizando en las propuestas, en la visión que tiene el proyecto de ley y los ejes por donde está yéndose.

Primero, se mantienen los instrumentos existentes. El procedimiento clásico, la subasta inversa, el acuerdo marco, las compras corporativas, las compras por encargo. Eso se mantiene.

En materia tecnológica todavía se mantiene el Seace, pero se le cambia de denominación, y sí se apuesta a la generación de una gran plataforma de plataformas, administrada por la Dirección General de Abastecimiento, que reúna la información y se alimenta de toda la información proveniente de toda fuente referida a abastecimiento, y con inteligencia artificial se trabaje también para ordenar la información y pueda servir tanto para definición de políticas como para academia o para el trabajo cotidiano.

En cuanto al enfoque estratégico, lo que se procura es consolidar la vinculación de la contratación pública con el desarrollo sostenible, se está insistiendo con el concepto de desarrollo sostenible, por lo tanto, una visión únicamente economicista, como ha sido la tónica de los últimos treinta años, se tiene que dejar de lado, y tiene que complementarse con visiones sociales, visiones de todo lo que implique, finalmente, el desarrollo humano.

En cuanto al tratamiento de los bienes, servicios u obras, la idea es que todo el ciclo de vida sea considerado, por eso, la idea es avanzar decididamente a la aplicación del principio de valor por dinero. Eso también como una regla clave, como un ente inspirador.

Luego, la idea es que en la operatividad de las instituciones se fortalezca el componente estratégico, es decir que ya los operadores no solamente sean personas que conocen, muchos de ellos conocen muy bien la parte operativa, sino que tengan estrategias de compras para sus instituciones, estrategias de compras para un sector, estrategias de compras para todo el Estado. Y que implica una serie de relaciones, no solamente entre entidades estatales, sino también con los gremios empresariales, con las empresas, en general, para tener una tónica y saber hacia dónde tenemos que ir como país.

Se apuesta por la consolidación de los contratos colaborativos. En la mañana hemos tenido interesantísimas conferencias sobre ello. Eso va a continuar y va a tener que fortalecerse, por lo tanto, a quienes han estado en la mañana tengan la idea de que van a tener que enseñarle a mucha gente,

porque hay mucho por aprender. En esa línea hay mucho por desarrollar y eso es ya marcado como una política sí o sí: la consolidación de los contratos colaborativos.

Empezamos los contratos de innovación. Por primera vez, el Perú apuesta a contratos de innovación. Si no se hacía era por el riesgo de que se va a arriesgar dinero, de repente, se pierde porque no resulta el invento, ¿y qué hago? ¿La Contraloría me va a crucificar? No. La Contraloría también tiene que comprender que la innovación tiene un riesgo incorporado. Es: ¿te resulta o no te resulta? Lo ideal es apostar a ello por la importancia que esto tiene para las soluciones a diversos problemas que son muy propios del país y que requieren inventar algo para el país, porque si fuera más transversal, habrá otros escenarios también en los temas de innovación.

Luego el impulso de la compra conjunta entre países se viene. Entonces, hay que ir pensando varios países comprando bienes, servicios, o, eventualmente, participando en los temas de obras.

Otra decisión política clara es el fortalecimiento de las homologaciones y estandarización en bienes, en servicios, y también se viene en obras. No solamente estandarización de bienes y servicios, como es hasta hoy, que nos llevan a las modalidades clásicas, a la subasta inversa, o al acuerdo marco, sino que ya se ha estado poniendo ojo a obras para estandarizar.

Ya algunos indicios hay de que eso es factible. No todo tipo de obras podrían entrar, pero unas que se jalan mucho presupuesto de instituciones no tendrían mayor problema y, eventualmente, podrían ir a acuerdo marco.

Luego se fortalece la idea de fomentar las compras corporativas, que eso sí colisiona con la trayectoria institucional de comprar de manera separada. Tres ideas más: el incremento de la interoperabilidad y unificación de plataformas informáticas; incentivos al buen proveedor, es decir, si el proveedor es cumplido, va a tener premios, esa es la idea; y, la ampliación en ámbito de resolución de controversias de la JRD a bienes y a servicios. Son los ejes clave de la ley.

Gracias.

Renzo Zárate: Gracias, Ricardo. Excelente exposición.

El siguiente panelista es el doctor Giorgio Rosso Sáenz, a quien damos la bienvenida.

Giorgio Rosso Sáenz: Muchas gracias.

Mi exposición quiero apartarla un poquito del tema que normalmente se toca aquí. Explicarles lo que es la Ley de Contrataciones es importante, pero ustedes ya lo conocen.

Queremos, en estos minutos, tocar un tema distinto y es la falta de capacitación que tienen los demás órganos, entiéndase Contraloría, Fiscalía, Poder Judicial, respecto a la Ley de Contrataciones y cómo la entienden, lo que genera muchas veces problemas futuros. El funcionario cumple su función, hace su contratación, el contratista presenta lo que la ley establece, pero no todo está escrito en la norma. Hay situaciones en las cuales hay que aplicar criterios, y esos criterios, muchas veces, no son entendidos por el Poder Judicial.

¿Y qué genera eso? Que una persona sea condenada a seis años de cárcel, con reparaciones de millones que no puede cumplir. Por ponerles dos ejemplos: ayer he tenido una audiencia donde se menciona la aplicación de la Ley de la Amazonía. Existe un acuerdo de sala plena del Tribunal de Contrataciones que dice cómo se debe aplicar. ¿Lo conocía el fiscal? No. ¿Lo conocía el juez? No. Lo hemos tenido que explicar. Y el fiscal me dice: «Pero, doctor, eso no está acompañado en la documentación». Y el juez le tuvo que decir: «Es norma, no se tiene que acompañar». Y le devolvió, por tercera vez, la acusación. Esta acusación viene del 2017. Felizmente, los funcionarios pueden todavía

seguir trabajando, pero hay funcionarios que ya no pueden trabajar, porque tienen una investigación pendiente.

Tenemos la fórmula polinómica. Todos los que manejan contrataciones de obra saben que eso es un principio básico y tiene que estar en el contrato. Lamentablemente, y lo digo, lamentablemente, ni el estudio de abogados que, en su momento, redactó el contrato, ni tampoco la entidad, y mucho menos, quienes lo firmaron se percataron de que no estaba.

Claro, si aplicamos lo que dice la lógica, es «hagamos una adenda y la incorporamos». Ya está en un requerimiento acusatorio y lo van a pasar a juicio a los funcionarios, porque para el juez esta fórmula polinómica implica colusión agravada; hay un perjuicio para el Estado. Ese es el sentido de esta ponencia, que se capacite. No basta con que esté la norma. Hay que hacer un esfuerzo para que los demás entes puedan entender el concepto de la Ley de Contrataciones y la puedan aplicar.

Todos los que somos abogados hemos llevado el curso de Derecho Civil, y hemos llevado los principios *pacta sunt servanda*, lo que se pacta es ley entre las partes, y si un contrato dice quince días, es un contrato de quince días, pero ¿así opera en la Ley de Contrataciones? No, porque un contrato de obra va más allá de la fecha de ejecución y se prolonga. Inclusive, puede prolongarse uno o dos años. ¿Por qué? Porque puede haber arbitrajes, puede haber una serie de temas, hasta la liquidación de la misma.

¿Ese concepto lo entiende el Ministerio Público? No. ¿Ese concepto lo entiende el Poder Judicial? No. Entonces, podemos tener la mejor ley del mundo, pero si eso no llega a decantar en aquellos que, eventualmente, van a emitir un pronunciamiento, todos los funcionarios van a tener siempre la espada de Damocles [en el cuello], porque es imposible hacer un manual, y si te mueves a la derecha un centímetro, si te mueves a la izquierda un centímetro, y si subes un centímetro, y si bajas un centímetro. Eso es imposible.

Hay criterios. Esos criterios deben estar, eventualmente, explicados, pero lo más importante, reitero, es masificar la norma, explicarla.

Y hay una cosa que es importante. Existen fiscalías a nivel nacional que ven temas de corrupción. Antes estaba centralizado, es decir, antes todo proceso de corrupción de funcionarios se veía en la OCMA. Y ya había problemas con los fiscales. Imaginémonos, con todo el respeto que se merecen los colegas, en un lugar apartado donde la formación y la capacitación no llega, ni siquiera en derecho.

Entonces, ¿y esa persona va a decidir el futuro de otras? Cinco, seis, siete años. Entonces, el detalle es ese.

En consecuencia, ¿qué cosas podría hacerse? Comprometer, mediante el OSCE, mediante sus órganos administrativos, que el Poder Judicial se capacite en temas de contratación, aprovechando que va a darse la nueva ley. Y entender claramente cuándo puede haber un delito de colusión desleal.

Según la Defensoría del Pueblo hay tres tipos de conductas punibles que están directamente vinculadas a contrataciones. Peculado, colusión desleal y negociación incompatible. Básicamente, la diferencia entre la segunda y la tercera es si hay intervención del contratista o no.

Pero inclusive con eso hay criterios discrepantes de la propia Corte Suprema que en algunos casos considera que solamente es el funcionario, en otros consideran que es el funcionario y también el contratista, como si fuese una suerte de colusión desleal.

Entonces, ¿qué es lo que se tiene que hacer? Comunicar, hacer simposios como estos, explicaciones, talleres, para que la gente entienda realmente. Y también para que el funcionario que va a aplicar la norma tenga parámetros al momento de aplicarla. Que los problemas no se ven al día siguiente, no se ven al año siguiente.

Yo tengo casos del año 2012, cuando ya la documentación desapareció, cuando no hay elementos de dónde obtener la información para sustentar por qué se tomó tal o cual medida en ese momento.

Y otro órgano que es muy importante, y que estoy dejándolo para el final, es la Contraloría. Si ustedes revisan las imputaciones que hace la fiscalía respecto a contrataciones, es copia fiel del informe de un informe de control. Con errores ortográficos, muchas veces. ¿Por qué? Porque los informes de control tienen carácter de prueba preconstituida. Para aquellos que no son abogados, significa que, a partir de allí ya hay una determinación de un delito. Independientemente de que realmente los elementos estén presentes o no. Ya tiene que investigarse. ¿Y estos funcionarios que están en Contraloría, están capacitados en la Ley de Contrataciones? No.

Entonces, ellos dicen: «No, pero mi Código Penal dice…», pero aquí no solamente tienen que aplicar el Código Penal, tienes que aplicar la ley sobre la cual se ha basado todo este desarrollo. Y esa ley no la aplican.

Y, eventualmente, también el OSCE tiene, a veces, criterios discrepantes. El tribunal resuelve «A» y las oficinas de consultoría dicen «C» y dicen «D».

Entonces, el fiscal, en el caso que les explicaba, solicitó información a un área del OSCE. y el OSCE le dijo tal cosa, pero ese mismo funcionario no hizo mención al pronunciamiento vinculante de la sala.

Entonces, lo que queremos y proponemos a ustedes es que en sus áreas puedan explicar e impulsar la posibilidad de que esta ley se pueda hacer de conocimiento público. No en los aspectos técnicos, porque hay aspectos muy técnicos, sino en los aspectos generales. ¿Qué se entiende por Ley de Contrataciones, cuándo se aplica, cuáles son los términos, plazos, decisiones que sustentan la norma?, para que, por lo menos, en esos aspectos, la fiscalía, el Poder Judicial y la Contraloría los tengan claros.

Les agradezco su tiempo.

Muchas gracias.

Renzo Zárate: Muchas gracias, Giorgio.

La verdad que es relevante cómo la contratación pública, y estoy de acuerdo con lo que ha señalado Ricardo, conlleva no solamente un tema de economía, un tema de competencia. Siempre veíamos el principio de competencia como base de la contratación pública, pero no solamente ello. Tenemos que ver ahora un desarrollo y sostenibilidad en la compra. Tema importante.

En la contratación pública tenemos que siempre hemos visto que lo importante es conseguir la finalidad pública de la entidad o el organismo.

Pero no estamos viendo, aparte, que siempre hemos tenido ese concepto de que la entidad pública, para tener que conseguir esa finalidad, tiene que voltear a donde está el privado, para adquirir bienes, servicios y ejecutar obras.

Y ello siempre ha quedado en nuestra mente, y cómo eso también tiene que cambiar desde un tema de conceptos, toda vez que, y como lo señalaba Ricardo y los otros ponentes, acá la contratación pública es vital porque no solamente es un tema de adquirir bienes y servicios.

Yo leía el informe de la OECD sobre compras públicas y el concepto es adquirir bienes y servicios, y ejecutar obras.

Pero, en verdad, es un triángulo importante donde está el Estado, donde está el privado que permite que se adquieran bienes, servicios y se ejecuten obras, y también alguien importante, el ciudadano, nosotros, que vamos a servirnos de ello para tener un nivel de vida importante y especial.

Por ejemplo, cuando construimos colegios, solamente queremos conseguir la construcción de un colegio, no queremos tener una finalidad, un tema de sostenibilidad en el desarrollo nacional, en la productividad, por eso tenemos que comprar. Y tan importante es cómo comprar.

Creo que el punto que tenemos que ver ahora es que la Ley de Contrataciones está a punto de ser aprobada por las comisiones, debemos alzar esa voz de que debemos tener una ley que sea disruptiva desde ese punto de vista.

¿Qué es lo que está solamente como esbozos de lo que tenemos que, creo yo, fortalecer? Temas como subasta inversa electrónica, ¿no? ¿Por qué tenemos que llevar a cabo una fuerza entre todos para fortalecer el tema de la subasta inversa electrónica?

Creo que Peru Compras ha hecho una gran labor de visión hacia una situación del procedimiento de contratación que permite reducir costos y beneficios que conllevan que podamos tener transparencia.

Comentábamos hace un tiempo con Ricardo que lo importante también deberíamos tener es la inteligencia artificial ya en la contratación pública. Hemos dado un salto en la Ley de Contrataciones o, al menos, en el proyecto. Evidentemente, no sabemos cómo va a salir, finalmente, esta Ley de Contrataciones, pero debemos estamos dando un salto importante en el tema de contratos de innovación, de contratos de riesgo compartido, que ahora lo voy a poner, en temas de salud, pero no es todo. Creo que en el proyecto de ley todavía quedan algunos esbozos del sistema tradicionalista, y creo que ahí tenemos que ir atacando, porque, la verdad, que buscar sistemas, por ejemplo, de inteligencia artificial sería importante en nuestra época, porque seguimos en el año 2024 teniendo sistemas en donde hacemos planificaciones, lo escuchábamos a Eduardo, de PAC. Un PAC que, la verdad, todos lo conocemos. ¿Cómo hacen el PAC las entidades públicas? ¡Lo copian del año pasado!, quince días antes en enero dicen: «Vamos a copiarlo porque no hago planificación».

Muchas veces decían: «Oye, ¿cómo evitamos algunos arbitrajes?». «Oye, hazte una planificación. Haz un buen sistema de actos preparatorios». No tenemos eso. Nos falta sostenibilidad para tener una buena contratación que nos permita una ejecución contractual.

Siempre hemos tenido que la contratación pública se centra en el procedimiento de selección. «Oye, busquemos licitación pública, concurso». Pero tenemos que fortalecer los actos preparatorios, el requerimiento. Cómo hacemos un buen requerimiento para que podamos tener una buena ejecución contractual, que no nos dé dudas al momento de la ejecución.

Y otro tema importante que tenemos que ver en la nueva Ley de Contrataciones es en el tema de obras. Tenemos que ver ahora, esto lo emitió la Contraloría en noviembre, ha sacado su nuevo informe del 2023, señalando que todavía tenemos una brecha de infraestructura y, la verdad, para tener una diferenciación en la Ley de Contrataciones respecto de obras tenemos que dar visos de alguna situación en la cual nos permita a nosotros cambiar una visión de tradicionalista de ejecución de contrato, respecto a una visión más de una contratación colaborativa. Lo está trayendo la ley, el proyecto de Ley de Contrataciones, pero creo que todavía falta fortalecer esta situación. Fortalecer un proceso. Pasar de un proceso tradicionalista que tenemos en obras, a pasar a un proceso colaborativo.

¿Cómo hacemos una evaluación de cambio? Creo que esta es una evaluación de cambio importante con estos eventos. Pasar a un proceso colaborativo creo que es importante evaluarlo. Se está señalando en el proyecto de Ley de Contrataciones con eficiencia y calidad. Por ejemplo, fortalecer el tema de fideicomiso de obras. Está en la actual Ley de Contrataciones, sin embargo, no se está utili-

zando. Se está proponiendo que en el reglamento se haga una atingencia sobre la fortaleza del fideicomiso, seguramente, hacerlo obligatorio para ciertas obras, para ciertos estándares, pero, al menos, discutámoslo, discutámoslo. Debemos discutir para avanzar.

Uno de los puntos importantes es el que exista esta brecha de falta de ejecutoriedad en la obra, también por no tener los recursos en el momento indicado.

Un poco lo del fideicomiso, y quiero llevar a estos mecanismos diferenciados de adquisición. Yo creo que este proyecto de Ley de Contrataciones ha dado un paso importante ahora y dejado un hito. Y como decía, Ricardo, ha señalado, claramente, lo que voy a señalar.

Primero, el tema de la innovación de contratos es importante, y también el fortalecimiento de las homologaciones para obras, y también los contratos de riesgo compartido. Estos contratos de riesgo compartido están incluidos en el acápite del proyecto de Ley de Contrataciones para el caso de salud. ¿Para qué caso de salud? Para enfermedades raras y huérfanas, y de alto costo. Importantísimo tener porque, actualmente, tenemos una ley del cáncer para aplicación de riesgo compartido. Pero sucede que el Ministerio de Economía y Finanzas no ha aprobado los manuales para hacer los contratos de riesgo compartidos.

Entonces, lo estamos proponiendo ya en la Ley de Contrataciones este sistema; sin embargo, no hemos tenido la experiencia todavía en la ejecutabilidad, porque todavía no se han aprobado estos manuales. Hubiera sido importante que se hubieran aprobado y ellos nos hubieran dado la experiencia para hacer las negociaciones importantes ante una evaluación de mecanismos diferenciados.

Es decir, cuando tengamos mecanismos diferenciados de adquisición, que estén en el proyecto de ley, estos mecanismos van a resultar que, cuando yo quiera adquirir el Sistema Nacional de Salud, EsSalud, o tanto el Minsa, va a poder comprar estos medicamentos de alto costo y que no lo puede asumir costo de bolsillo el ciudadano. Y para eso están las contrataciones públicas. Y estos mecanismos diferenciados, lo que va a permitir es ello. En donde el costo del riesgo compartido lo va a compartir el riesgo ambas partes. ¿Quién? Privado y el público. Ambos. Riesgo compartido. El público va a decir, «voy a comprar el medicamento para…», supuestamente, vamos a decir, yo soy abogado, pero un medicamento para el cáncer, pero voy a ver si resulta, si resulta, yo te pago. Si no resulta, no te pago.

Entonces, hay diferentes tipos de contrato que se van a tener que reglamentar. Temas económicos, temas financieros, temas de valor agregado, de resultado clínico y de tipo financiero.

Creo que esto es importante, es un avance en la Ley de Contrataciones. ¿Cuál es el problema? Que va a haber un funcionario, y ahí tomo la palabra de Giorgio, que va a tener que negociar con el privado. Y qué miedo. Yo ya dejé de ser funcionario hace un tiempo, pero, la verdad, qué miedo, porque, la verdad, y hubo una discusión hace poco, el principio de discrecionalidad lo trae la nueva Ley de Contrataciones, el proyecto de ley, dice: «el funcionario tiene discrecionalidad porque lo principal es la compra pública».

¿Eso es verdad? Porque eso no va a ser cierto, porque el funcionario, ahorita, aplica principios de discrecionalidad y el órgano de control, la Contraloría, la Fiscalía le dice: «igualito te vas a un proceso penal». «¿Y mi principio de discrecionalidad?». «Ah, no, eso no vale».

Por eso, desde mi punto de vista, salvo una mejor opinión, o lo podemos discutir, debería señalar el proyecto de Ley de Contrataciones que «está bien, voy a tomar la discrecionalidad, pero si me voy a un proceso penal o uno administrativo y lo gano, ese funcionario que es del órgano de control institucional y la Contraloría tendría que a mí reponerme todo el daño», expreso, para que cuando yo tome la decisión como funcionario tenga un respaldo legal frente a una situación de esta naturaleza.

La Contraloría no tiene esa capacidad. Muchas veces tiene muy buenos funcionarios, pero otros no, los cuales no conocen la Ley de Contrataciones.

Estamos acá todos, conociendo y discutiendo la Ley de Contrataciones, pero muchos, y le doy la razón a Giorgio, no conocemos la Ley de Contrataciones, fiscales, órganos de control no la conocen.

Entonces, nadie toma la decisión, por eso en este momento hay obras paralizadas, EsSalud no compra medicamentos, no compra, no compra lo que tiene que comprar, y no avanzamos en Administración Pública.

Y fortalecer el arbitraje. Hablábamos con Karina hace un tiempo que tenemos que fortalecer el arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas en el tema de mecanismos de resolución de conflictos, y lo importante en el proyecto: el tema de la discusión de los árbitros de emergencia, de los centros de arbitraje, que tenemos que poner un alto a centros de arbitraje que, seguramente, no están dando la talla de árbitros y el conocimiento de que cuando vayamos a un centro debe tener árbitros que conozcan de contratación pública para llevar a cabo un buen arbitraje o una buena Junta de Resolución de Disputas a efectos de darle un buen servicio, no a las entidades públicas ni tampoco al privado, a los ciudadanos, amigos.

Muchas gracias.

Ahora, vamos a presentar al doctor Christian Guzmán Napurí.

Christian Guzmán Napurí: Muchas gracias.

Justamente, quiero aprovechar para conversar con ustedes de algunos aspectos de la contratación administrativa, de algunos conceptos que podemos ir tratando que creo que sirven un poco de colofón de todos los temas importantes que hemos estado escuchando y tratando en esta mesa que está dedicada a la contratación administrativa.

Este es un tema que puede ser controvertido, pero es la naturaleza de la contratación administrativa. En ella, digamos, que le damos a la Administración cierta preeminencia. La contratación administrativa, y acá el doctor Ricardo Salazar, con quien siempre hemos conversado con él del tema, no me va a dejar mentir. Y el contrato administrativo y el contrato civil son categorías diferentes. Eso también podríamos debatirlo. Pero es un tema que vamos a seguir discutiendo y que se discute mucho en los arbitrajes. Justamente, el doctor Renzo Zárate ha puesto el dedo en la llaga. Oye, tenemos que saber para hacer arbitrajes, contrataciones. Y tengamos cuidado con aplicar el Derecho Civil antes de aplicar el Derecho Administrativo, y antes de aplicar la normativa en materia de contratación del Estado. Ahí vienen los problemas.

Es cierto, yo lo he visto en muchos arbitrajes en ambos lados de la mesa. Lo he visto en este lado, como árbitro, y en este lado como abogado de las partes. De cualquiera de las partes, porque yo he tenido la suerte de ser abogado tanto de contratistas como de entidades.

Entonces, es importante que este concepto de contrato civil lo incorporemos, no solamente en la manera cómo se gesta, sino en su propia estructura y en sus efectos, es un contrato diferente al contrato civil.

Entonces, esto es muy importante, decía, para entender cómo se aplica la norma en materia de contratación pública.

Entonces, es una contratación sometida a un procedimiento, que es el procedimiento de selección. Que es un procedimiento administrativo para asegurar que esta contratación sea eficiente, y esto

se enfoca en la satisfacción de necesidades públicas. Ya lo hemos visto durante todo el día. La contratación administrativa se dirige a satisfacer necesidades públicas, el uso racional de los recursos públicos. También de eso hemos hablado.

Lo que se persigue con la contratación administrativa es la satisfacción del interés general. Entonces, tanto la Administración como el contratista actúa en términos de interés general. Claro, ustedes me van a decir pero el contratista está tutelando su interés, el contratista está actuando sobre la base de su interés particular. Y no es cierto. El contratista se convierte en un colaborador de la Administración en la satisfacción del interés general.

Y así es también como debemos entenderlo. Y, entonces, claro, es la entidad ejerciendo función administrativa. Es la entidad que ejerce función administrativa y por eso es que está el contrato.

Y, entonces, ¿dónde está la regulación? El concepto de contrato administrativo, por ello, es un concepto instrumental. Es la ley la que califica cuándo estamos frente a un contrato administrativo, porque si ustedes revisan el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones van a encontrar algo muy importante que establece un conjunto de contrataciones que no están sometidas a la ley. Entonces dicen: «Oye, pero acá el Estado está contratando. Pero ¿por qué en estos casos el Estado está contratando, no están sometidas a esta contratación, a la Ley de Contrataciones?».

Puede sonar un poco paradójico, puede sonar hasta contradictorio, pero hay razones valederas por las cuales estas contrataciones específicas no están sometidas a la Ley de Contrataciones. Me puedo quedar hasta mañana tratando esto. Simplemente, lo dejo planteado, o sea, en cada caso concreto tenemos que determinar por qué o la razón por la cual cada una de estas contrataciones no se somete a la Ley de Contrataciones.

No confundir, por favor, con la contratación directa. Hay entidades, el doctor Renzo Zárate no me puede dejar mentir, que confunden aquellas contrataciones que no están sometidas a la Ley de Contrataciones. Entonces, es diferente este concepto de contratación no sometida a la Ley de Contrataciones de algunas entidades que están llamando a adjudicaciones sin proceso, ¿se han dado cuenta? «Oye, ¿qué cosa es una adjudicación sin proceso?». Es una contratación no sometida a la Ley de Contrataciones. Y por eso, no confundir con la mal llamada contratación directa. El término no me gusta. ¿Qué cosa es esto? Contratar sin procedimiento, pero sin meter a la Ley de Contrataciones. La única diferencia en las contrataciones sometidas al resto de procedimientos de selección es que este procedimiento es, en verdad, una contratación directa. Eso es importante distinguir.

Y acá el doctor Salazar tampoco me va a dejar mentir, la Ley de Contrataciones regula, únicamente, la contratación administrativa, o sea, la contratación de bienes, servicios y obras. Hay un conjunto adicional de contrataciones que efectúa el Estado que no son sometidas a la Ley de Contrataciones, pero también es contratación pública.

Por ejemplo, APP o los contratos de deuda, que son contratos, ¿verdad, doctor Salazar?, hay quienes dicen que no. Son convenios; cuando se habla de deudas sometidas a entidad de endeudamiento público; y así vamos a encontrar diversos ejemplos.

Entonces, tampoco no hay que confundir y aplicar la regulación que corresponde a cada tipo de contrato. Y acá viene a apoyarnos, a darnos soporte la Constitución. El artículo 76 de la Constitución nos está hablando de contratación administrativa porque las concesiones están en otro lado, el endeudamiento está en otro lado. El artículo 76 de la Constitución nos habla de contratación administrativa: bienes, servicios y obras, y nos proporciona el soporte. Por eso es que podríamos hacer muchas modificaciones a la normativa, podemos aprobar muchas leyes en contrataciones del Estado con el Estado, pero tenemos el marco constitucional. Eso es importante tenerlo claro. Muy, muy claro.

Y para ir terminando, la gestión por objetivos. Ya lo han mencionado el doctor Zárate, lo ha mencionado el doctor Salazar, lo ha mencionado el doctor Rosso, la necesidad de ser eficientes, el

hecho de que la Ley de Contrataciones haga mención a la gestión por resultados o gestión por objetivos no es algo que no podamos tomar en cuenta de manera importante. O sea, no es una retórica, implica rendir cuentas, implica gestionar de manera estratégica, implica, por ejemplo, como ha dicho Ricardo hace un rato, utilizar la inteligencia artificial, implica, por ejemplo, contratos de riesgo, como ha dicho Renzo. Entonces, un conjunto de elementos que lo que hacen es gestionar de manera estratégica.

Cuando uno escucha hablar de gestión estratégica, uno dice: «Obvio, tiene que gestionarse estratégicamente». Obvio, pero eso no está ocurriendo, ya se acaba de demostrar, por ejemplo, en materia de obras no estamos gestionando estratégicamente, y esta es la razón por la cual tenemos tanta obra inconclusa. Ese es un gran problema.

Entonces, la gestión por objetivos, gestión por resultados, se tiene que aplicar en toda la Administración Pública, sin excepción, pero, en materia contractual, con más razón, porque, insisto, estamos satisfaciendo necesidades públicas. Y tenemos que gerenciar. Si ustedes revisan esto del *new police management*, nuevo gerencialismo, la nueva gestión pública, el *new pólice management* dice así, hay que ser eficientes. Esto va a sonar a retórica, pero, efectivamente, no gestionamos eficientemente.

Ahora, como bien ha señalado Renzo y Ricardo, tenemos una nueva ley o un proyecto de ley en ciernes. Vamos a ver qué pasa. A ver si se aprueba y qué ajustes se le hace en el camino.

Muchas gracias.

Renzo Zárate: Gracias, Christian.

Vamos a hacer una última ronda para dar unas conclusiones.

Vamos a comenzar con Eduardo. Solamente preguntarte un poco sobre este mapa de riesgos y de planificación que es importante, creo, para el proyecto de la ley brasileña y lo importante del tema de la resolución de conflictos.

Eduardo Guimarães: La verdad en Brasil no estamos acostumbrados a hacer análisis de riesgos en los procesos de contratación. Es algo muy nuevo para nosotros.

La idea es en unos estudios técnicos preliminares, la elaboración de unos términos de referencia con la descripción de la contratación que nos haga ver los hechos que puedan suceder o perjudicar la contratación esos riesgos. Y ver también acciones preventivas y acciones de contingencia efectivas para evitar los riesgos o lo que, en caso, suceda y sepamos cómo tratar los riesgos. Esta es la idea.

Sobre los contratos y las reglas de resolución de conflictos es algo muy nuevo para nosotros y creo que voy a llevar mucha información para Brasil porque estoy aprendiendo de más aquí en este congreso y me gustaría hablar un poquito del desarrollo sostenible porque esto está muy fuerte en la ley brasileña. […] Ahora en la nueva Ley de Licitaciones tenemos desarrollo sostenible como principio administrativo a observar en todas las contrataciones y en la directiva, así como ciclo de vida de la gente, entonces hoy cuando vayamos a hacer una planificación de una contratación pública tenemos que poner la verdad de estudiar tipos de sostenibilidad para poner en las contrataciones: sostenibilidad social, económica y ambiental.

Entonces, es una realidad en todos los procesos de contrataciones, pero el problema es la capacitación. Los gestores públicos no conocen exactamente cómo poner características de sostenibilidad en los procesos de contratación.

Y para cerrar, Giorgio ha hablado muy bien. Yo soy del Tribunal de Compras, Contraloría y Auditoría, y he trabajado tanto en el Tribunal de Compras como también en la Administración haciendo las compras y yo veo una distancia muy grande de quién tiene que controlar para quién tiene

que hacer. […] Veo que ustedes ahora tienen mil cosas para pensar, mil desafíos para hacer. Tienen que entregar un servicio de calidad y el comprador está en su escritorio, tranquilo. Es muy sencillo. Entonces, hay que mudar eso. Pensamiento de control, hay que mudar. Yo sé que la capacitación también es muy importante, pero la verdad es muy sencilla, estar como control cuando las cosas están aconteciendo y se llama a una junta, y hay que hacer las cosas funcionar. Es así.

Renzo Zárate: Gracias, Eduardo.

Vamos a dar el pase también al doctor Ricardo Salazar. Solamente, Ricardo, preguntando sobre estas nuevas modificaciones que se vienen a la Ley de Contrataciones, pero también insistirte en cómo ves este tema de la innovación, de riesgo compartido, y también lo que estabas señalando del principio de discrecionalidad que está contenido en el proyecto.

Ricardo Salazar: Voy a incluir la respuesta dentro de una más englobante, porque he escuchado con mucha atención a los expositores, incluida tu extraordinaria exposición, y quisiera hacer unos comentarios, que se abre a manera de tareas para todas las personas que estamos acá. No solamente para los expositores, para todos, para todas las personas con las que ustedes trabajan porque se están viniendo corrientes exigibles.

La primera de ellas es lo que acaba de señalar nuestro amigo Guimarães. Se convierte en una exigencia radical el tema el tema del desarrollo sostenible. Ya en el Perú hemos tenido la vivencia de los estudios de impacto ambiental, que antes eran una simple recomendación. Nadie lo usaba, hasta que se dijo: «No inviertes si no tienes tu estudio, y se acabó». Y ahí todo el mundo tiene que, de la noche a la mañana, empezar a hacerlo.

En el mundo estamos asistiendo a una especie de renacimiento, como lo tuvimos hace varios cientos de años en que el ser humano está al medio cada vez más, y hay una corriente a nivel nacional, muy promovida por los organismos internacionales, de asegurar líneas concretas y compromisos expresos de los Estados de mostrar resultados anuales sobre el tema.

Perú ha firmado un convenio con 195 países sobre desarrollo sostenible. Ya la Contraloría ha hecho una primera actividad de control, y la primera pregunta ha sido: «Diga usted cuál es la relación de los contratos públicos con el desarrollo sostenible en Perú».

Y esa pregunta no solamente va a implicar cruzar información dentro del Estado, sino también con los proveedores que están participando en esto. O sea, los contratistas van a tener que mostrar también resultados en favor del desarrollo sostenible, tanto cuando hagan sus propuestas como cuando ejecuten, y la buena ejecución también será medida con esos parámetros, ya no solamente si incumpliste el plazo, construiste lo que tenías que construir, entregaste los bienes, y diste el servicio, sino ya la evaluación tiene a ser más integral. Entonces, hay que entrenarse en desarrollo sostenible. Como bien decía, hay que capacitarnos en eso, sí o sí.

Y mi compromiso con Eduardo va a ser de un intercambio permanente. Nos hemos conocido por primera vez físicamente, porque nos hemos visto por videocámara como nueve veces, y extraordinario, la comunicación para darte toda la información que necesites y viceversa, también recibir vale.

Sobre lo dicho por Giorgio, ha puesto el dedo en la llaga y no basta únicamente los actos que has mencionado que son extraordinarios mencionarlos, sino que hay más actores según parece. Están los proveedores, que tienen su forma de pensar, tienen su forma de entender las cosas; están los funcionarios públicos, que también tienen su forma de entender las cosas; están los asesores de los proveedores; están los procuradores y los asesores de las instituciones; están los árbitros, los miembros de JRD, los de DABs; están los fiscales; están los jueces; está la Academia misma que entra a discutir fundamentos de esta naturaleza.

Entonces, hay una tarea de país que es que todos nos unamos, que hagamos jornadas anuales donde empecemos a ponernos de acuerdo sobre la base de una agenda, y los primeros puntos de agenda debieran ser cuáles son los mínimos no negociables sobre lo que no se puede hacer; y, hasta dónde tiene que ir el margen discrecional aceptado, porque ya se están entrampando muchas cosas por, justamente, no tener bordes. El mismo auditor teme que si no observa, le van a observar a él sus jefes. Porque nada está claro. Y cuando tú conversas con diversos jueces o diversos tipos de tribunales administrativos, que también tienen que estar, dicen: «Oye, esto se solucionaba con una conversación, con una coordinación». Esto de acá, lamentablemente, no han entendido, el borde entre lo que es discrecional y lo que no es discrecional. Son temas que los tenemos que tocar. Creo que la tarea es armar esa jornada y hacerla permanente. Cada cierto tiempo, una vez al año, por lo menos.

Lo señalado por Renzo, además de lo ya dicho sobre el desarrollo sostenible, es el énfasis en el uso de la tecnología de la información y en el impacto que viene teniendo la inteligencia artificial.

La inteligencia artificial tiene sus ventajas, pero también tiene sus riesgos. Entonces, cuando armes el esquema en materia de contratos, y en gestión pública, en general, utilizar la inteligencia artificial, hay que ver en manos de quién va a estar eso, porque una vez que se suelte el tema es bien complicado retroceder.

Es fundamental también desde ahora empezar a trabajar los impactos probables que vaya a tener la inteligencia artificial en esta materia y ponerle el diente al tema.

Y en lo señalado por Christian, resaltar la importancia de ponernos de acuerdo en los conceptos esenciales. Tenemos que entender el contrato de la misma manera todos. De repente, con algunos matices de diferencia, pero es un contrato público. Tenemos que ponernos de acuerdo.

Saber que están celebrando el contrato una entidad pública que ejerce función administrativa con un privado que ejerce su libertad o dos entidades públicas ejerciendo función administrativa. La rama del Derecho aplicable es aquélla que regula la relación de los que están presentes en la jurisdicción administrativa del poder: el Derecho Administrativo. Yo que tengo una base de Derecho Administrativo. Pero, eso no niega que haya zonas en donde el Derecho Administrativo siquiera ha asumido ni tiene normas, y tienen que aplicar, necesariamente o supletoriamente o complementariamente las normas privadas o de otros órganos normativos, y esos bordes hay que fijarlos. Pero, para eso tenemos que conversar.

Entonces, sería muy bueno tener espacios entre nosotros siempre para dialogar los temas conceptuales. Hay que darnos un tiempo. No esperemos que estemos ya en pleno proceso arbitral o en pleno proceso de DAB para recién empezar a ponernos de acuerdo sobre el concepto. Es una base elemental, central, y eso desemboca en que la capacitación tiene que ser un mínimo no negociable en toda persona que está en estos temas. O te capacitas o te capacitas, no hay salida. A tus equipos de trabajo tienes que decirles: «Te capacitas. Te pongo vitaminas lo que quieras, pero te capacitas». Es un mínimo no negociable en el Estado y en el sector privado, de modo tal de que todos estemos a la par o en un estándar razonable para podernos entender, para poder avanzar. Muchas cosas pueden ser mucho más fluidas, lógicamente, si todos estamos en un nivel de capacitación adecuado.

Y ahora, con los medios informáticos, voy a hacer capacitación masiva de calidad sin problemas. 24x7 disponible, ningún problema. Antes no era así, antes todo era en físico y si podías. Hoy no, hoy tienes todas esas facilidades. La recomendación a quienes asesoran empresarios que también tienen que invertir en capacitación fuerte, y a los funcionarios públicos igual, y uno individualmente también.

Entonces, ese es un mínimo no negociable en estos temas, porque estos son temas complejos, muchas formalidades entran en juego y coexisten con márgenes discrecionales. Por ese lado, ratifica también lo que han dicho ustedes.

Muchas gracias.

Renzo Zárate: Excelente, Ricardo.

Vamos a darle el pase por unos minutos al doctor Rosso, rápidamente, Tengo dos casos que ya cerraron, en donde uno de ellos, el Órgano de Control Institucional y la Fiscalía señalaron que en contrataciones directas por situaciones de emergencia debía haber un comité de selección. Una cosa, pero, está el metaverso, y el otro que hacía comparaciones en contrataciones directas por situaciones de emergencia en tiempo covid. Decían: «si compraste el vaso, por ejemplo, en covid, a diez soles, y ahora lo estás comprando a 50 céntimos». Hacen la comparación con la fecha de hoy. ¿Me dejo entender? Eso hacen el Órgano de Control Institucional y la Fiscalía. Claro, los casos se cayeron, pero el funcionario estuvo dos años explicando el tema, y también, evidentemente, no puede llevar a cabo función pública porque tiene su investigación.

Solamente, paso ese tema para que lo puedan comentar.

Muchas gracias.

Giorgio Rosso Sáenz: Sí, el consejo para aquéllos que están presentes es, cuando tengan algún inconveniente, que espero no lo tengan, tomen los servicios de un abogado que conozca la Ley de Contrataciones. Colegas penalistas son muy buenos. Yo soy penalista de formación, pero el tema de contratación tiene otra forma de explicar las cosas, otros parámetros, para que, finalmente, el Ministerio Público quiebre esa presunción que viene de Contraloría, donde, eventualmente, no ha estado presente el abogado que conoce de contrataciones.

Entonces, y expliquen ustedes de la manera más puntual, no necesariamente, justificando la situación, sino explicando el contexto donde se ha producido.

Les agradezco a todos. Muchas gracias.

Renzo Zárate: Gracias, Giorgio. Finalmente, el doctor Christian Guzmán sobre el tema importante, gestión por resultados, que lo comentaste.

Christian Guzmán Napurí: Sí, efectivamente, es un tema clave, en donde participa todo lo que hemos conversado. Yo comparto la preocupación de Giorgio respecto del conocimiento del Derecho Administrativo, yo también he padecido eso. Y, claro, lo bueno es que hay penalistas que, digamos, mostrando humildad contratan o salían con abogados que saben del tema administrativo. Y esto es peor dentro de la Administración Pública, o sea, ustedes van a ver las oficinas de logística donde, no obstante que las personas están certificadas, no conocen de los procedimientos, y menos conocen de hacer planificación, de planificar estratégicamente, de hacer todo en términos de metas, porque, claro, sí, eso decía hace un rato, las entidades públicas, de un modo u otro, copian sus PAC. Así, pues, no estamos corrigiendo esa situación.

Muchas gracias.

PANEL VI. ARBITRAJE CON EL ESTADO. REGISTRO NACIONAL DE ÁRBITROS

Hugo Sologuren [1] (moderador)
Alberto Molero [2]
Roberto Benavides [3]
Jorge Burga [4]
Ítalo Roldán [5]

---

1 Abogado. Bachiller en literatura por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con cursos de Economía y Administración, Diplomado de Contabilidad y Gerencia Financiera Básica, Diplomado en alta especialidad de Contrataciones con el Estado. Árbitro único y miembro de tribunales arbitrales en casos nacionales e internacionales por veinticinco años. Miembro de JRD, miembro de la lista de adjudicadores de la CCL, de la CARC-PUCP, ANKAWA Internacional, Asociación Zambrano y Cámaras de Comercio del Perú.

2 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con Maestría en Derecho de la Contratación Pública por la Universidad de Castilla-La Mancha. Es socio en García-Calderón y Abogados Asociados, miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Árbitro en la Cámara de Comercio de Lima, en la Cámara de Comercio y Producción de Piura, en la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa, en Amcham Perú, en la Cámara de Comercio de Cusco y en la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Ucayali. Es docente en la Universidad de Lima, y docente del curso de Arbitraje Comercial en la Maestría de Derecho Civil.

3 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, egresado de la Maestría de Contrataciones con el Estado de la UPC. Cuenta con cursos de especialización en arbitraje por la CARC-PUCP, con especialización en derecho administrativo por el CEC-PUCP y de la gestión de las contrataciones con el Estado por la Escuela de Gobierno de la PUCP. Llevó el curso de Arbitraje de Inversión en la Universidad Católica del Perú y en American University. Cuenta con RNA OSCE. Se desempeña como árbitro de la nómina de la Cámara de Comercio de Lima, árbitro de la nómina de la CARC-PUCP y de diversos centros a nivel nacional. Cuenta con más de diez años de experiencia en temas relativos a compras públicas y arbitrajes en compras públicas.

4 Abogado por la Universidad de Lima. Con *master degree* en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Diplomatura de Arbitraje en la American University. Postítulo en Contratación Estatal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con un curso de formación de árbitros en contrataciones con el Estado por el OSCE y la CCL. Es socio-gerente del Estudio Burga Abogados, y es jefe del área legal de JVH Consultores. Se desempeña como árbitro en diversas instituciones arbitrales como la Cámara de Comercio, el OSCE y la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa.

5 Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cuenta con especialización de Junta de Resolución de Disputas en el sector de construcción por la PUCP, y con especialización en regulación tarifaria en el sector energético. También cuenta con Diplomado en Derecho Administrativo en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y con Diplomado en Arbitraje Internacional e Inversiones, Derecho Internacional y estudios jurídicos internacionales de la Universidad del Pacífico. Con experiencia en asesoría legal en generación y transmisión eléctrica, en asesoría legal en la ejecución de obras de saneamiento y en arbitrajes sobre ejecución de obras públicas bajo la Ley de Contrataciones del Estado.

Hugo Sologuren: Mi agradecimiento a la Asociación Zambrano, al CAE, Círculo de Arbitraje del Estado.

El Registro Nacional de Árbitros, administrado por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, RNA-OSCE, es un listado de profesionales que pueden desempeñarse como árbitros en arbitrajes institucionales o *ad hoc*.

A la fecha existe un proyecto de Ley de Contrataciones del Estado que ya ha sido mencionado, y están en el segundo informe de Comisiones, si no me equivoco, y entiendo, por una conversación que tuve hace unos pocos días, que también está siendo analizado en el gabinete de ministros y ya hay algunos informes sobre eso. Esperemos traiga cosas positivas. Definitivamente, hay cosas que no se resuelven, pero, por lo menos, es un avance a lo que ya teníamos.

Este proyecto, entre otros aspectos, trata de plantear que para desempeñarse como árbitro o como adjudicador en una controversia del ámbito de aplicación de proyectos se requiera formar parte de las normas de una institución arbitral o centro de resolución de disputas y se encuentre en el listado que administra el OSCE, así como cumplir con las cualificaciones que establece el reglamento en buenos términos de aprobación de proyecto, y significaría la desaparición como tal del RNA-OSCE, o si no la desaparición, por lo menos, de una asistencia subsidiaria.

Todos conocemos y hemos escuchado ya en este evento, el gravísimo problema que no es el tema a tratar hoy, pero es uno de los temas que está vinculado directamente con el OSCE y las regulaciones que tiene que dar el OSCE para el registro en los centros de arbitraje y los requisitos de los árbitros, y espero que alguno de mis panelistas lo toque en su momento.

Quisiera pedirle, en primer lugar, al doctor Alberto Molero. ¿El RNA-OSCE ha demostrado garantizar las elecciones de adecuados árbitros para entidades públicas?

Alberto Molero: Buenas tardes a todos.

Abordando la pregunta, en realidad, yo pensaba un poco cuando hablábamos de este tema del RNA, y decía: claro, hay muchas personas que están a favor, sobre todo, los que estamos inscritos en el RNA, seguramente, y muchas personas que están en contra. Evidentemente, eso pasa. Y la pregunta es ¿por qué estas posiciones antagónicas de un registro?

Lo primero ¿es el Registro Nacional de Árbitros es un registro nuevo? No, no lo es.

En el año 1998 ya existía un registro de árbitros, solamente que la dinámica era distinta. Era un registro, más bien, de inscripción automática. Y pensando un poco y reflexionando sobre cuál era el objetivo de tener un registro en esa época, recuerden que en 1998 se incorpora el arbitraje en materia de contratación pública.

Y, claro, cuando uno empieza a estudiar arbitraje, lo primero que escucha es una de las ventajas es la especialización, la especialidad. La gran ventaja de escoger al mejor tercero posible, ese mejor tercero posible es aquél que conoce de la materia controvertida. Y creo que por ahí va el asunto. Existe un registro en donde se incorporan una serie de profesionales, y para asegurarnos de que sean, digamos, expertos en materias controvertidas, en esas materias controvertidas, incluso, la norma establecía una experiencia para los árbitros: cinco años de experiencia, y así se ha ido manteniendo.

En el 2001 pasó lo mismo, se modificó la experiencia, ya en función al tipo de procedimiento de selección que se iba a utilizar; si era menor cuantía, tres años, pero si era una licitación, cinco años.

Y luego, creo que hacia el 2002, cuando sale el Sistema Nacional de Contrataciones del Estado, el SNCE y el Texto Único Ordenado del 2014, el registro empieza a tener otro matiz. Ya la norma establecía que las entidades públicas debían designar de ese registro, que era, digamos, de constitución automática.

Es ya con el Decreto Legislativo n.° 1017 en donde se empiezan a establecer lineamientos hacia la especialización acreditada en materia de contratación pública, arbitraje, Derecho Administrativo, como todos saben.

Entonces reflexiono: ¿importa, vale, sirve tener un registro? Y creo que la primera reflexión que tengo es el registro siempre ha estado desde que se incorporó el arbitraje en la contratación pública, el asunto es si viene funcionando o no viene funcionando.

Y para reflexionar sobre si funciona o no funciona, creo yo que hay que asociarlo al tema de la especialización, porque creo que cuando el Estado toma la decisión de establecer un registro en donde cambia la temática y hay que ser preevaluados para formar parte de ese registro. Creo que el objetivo es asegurar, al menos, esa es la intención, que quien va a ejercer la función arbitral cuente con la especialización necesaria, creo que hacía eso va. Y creo que ese es el sustento.

Ahora, yo he escuchado en la mañana: «se prohíbe que…». Este registro tiene, más bien, un tufillo de limitativo, porque grandes árbitros no pueden arbitrar, y quizás puedan tener razón, que sí, efectivamente, hay que pasar una evaluación. Yo más iría por determinar si la evaluación es correcta. Si está evaluando correctamente las competencias o no. Creo que por ahí va mi primera impresión con respecto a si, efectivamente, el hecho de que exista el registro asegura que sus inscritos van a ejercer adecuadamente la función arbitral para resolver controversias en materia de contratación pública. Creo que por ahí va un poco la cosa.

Hugo Sologuren: Gracias, doctor.

Un comentario simple, respecto a lo que ha dicho Alberto. Por ejemplo, Ricardo Salazar, no sé si todavía está en la sala, cuando era presidente de Consucode, y yo estaba en la Cámara de Comercio, le pidieron colaboración para formar un centro de arbitraje en Consucode y, efectivamente, no solamente brindó una colaboración, sino que le transferimos a nuestro secretario general para que fuera a realizarle el centro.

Entonces, lo que decía Alberto, hay una, en esa época, y acá hay un comentario implícito personal, yo pertenecí sí, a la lista 1 y a la lista 2, según las calificaciones de los árbitros, que, como bien ha dicho Alberto, no tenían que dar un examen, y ahora lo han mejorado un poquito, pero antes era realmente absurdo con preguntas capciosas y cosas por el estilo. Pero yo, por ejemplo, pertenecí veinte años al registro de OSCE de la lista 1, y cuando cambian el sistema al RNA donde si yo no iba a someterme a dar un examen de esa naturaleza, en ese momento, por sentir debilidad personal, equivocado o no equivocado, porque, seguramente, he perdido un montón de arbitrajes, pero me negué a dar el examen y dije: «Esto no tiene justificación alguna. O sea, si yo tengo más de veinte años miembro del registro, y estoy en la lista 1, y he tenido ene cantidad de arbitrajes del Estado, ¿no estoy calificado para ser árbitro? Entonces, ¿saben qué? Chau».

Hecho ese comentario, le pregunto a Roberto Benavides.

Roberto Benavides: Gracias.

Voy a ser breve con el tema de la contextualización porque es bueno entender las idas y venidas, la historia del RNA, cómo, más o menos, viene funcionando. Una anécdota interesante que contó acá nuestro presidente Hugo que ya la había conversado con Ricardo también anteriormente, cómo nace este tema que no se conocía, digamos, que el arbitraje iba a entrar a la contratación pública.

Ahí hay algunos datos históricos que no se han mencionado y yo quiero entrar solo a dos temas. La 1017, que era la ley anterior, no mencionaba directamente, expresamente un RNA, tenía una lista residual de árbitros, que es justo lo que Hugo ha estado comentando, que una lista residual que tenía que cumplir las mismas características, en teoría, que el RNA actual. Tenías que tener tu tema de administrativo, tu tema de contrataciones, tu tema de arbitraje, pasar un examen, una entrevista, y estar en la lista. Eso, estoy hablando del 2009, que comenzó por el APC con el acuerdo de promoción comercial con Estados Unidos, en la época en que Ricardo volvió al OSCE.

Entonces, ahí pasó esta primera etapa con estas primeras listas y hubo mucha confusión con la lista de arbitraje residual y el RNA, cuál es cuál, cómo se ve esto.

Otro tema, se instaura el récord arbitral justo antes de la 30225, justo entró la doctora Paulet, me acuerdo en esa época, para tratar de transparentar. Esto ya venía con la 30225, con la idea de transparentar quiénes están detrás de los arbitrajes. Esa era la idea inicial o primigenia.

Y, bueno, había casos en contratación pública que, en esas épocas, 2014, 2013 empezaban a sonar, mal llamados arbitrajes corruptos en esa época que tuvieron gran connotación nacional.

Ya vamos a la actual, la que todavía sigue vigente con las modificaciones del caso.

Se instala el RNA paralelo a una lista residual. Entonces, los árbitros tenían que registrarse en una lista, justo conforme comentamos, meramente declarativa, presentabas tus papeles y estabas inscrito en una lista del RNA. Los de residual continuábamos en la lista. Eran dos listas paralelas que tenía. De ahí, también se instauró, por un tema de transparencia, la lista de los secretarios arbitrales, también hubo una lista de secretarios.

Me pareció interesante la idea. Nunca se llevó a cabo, hasta donde tengo conocimiento, hacer una lista de secretarios por un tema importante, y justo así, ahorita cuento, hace diez años, en el auditorio de la Universidad Católica, sacando esta ley, la 30225, estaba la doctora Magaly Rojas, de presidenta del OSCE, palabras más, palabras menos, diciendo que, en realidad, se trata de transparentar con un registro de árbitros, saber quiénes son los que están ahí. Era que, básicamente, los puso en un tema que es un cuarto oscuro que tratamos de prender la luz. No estamos persiguiendo a ningún árbitro, lo que queremos saber es quiénes son. Básicamente, esa era la historia con la cual nació el RNA.

Entonces, el primer RNA, básicamente, todos se podían inscribir. La fiscalización fue *ex post* por OSCE. Hasta donde yo tengo entendido, no hubo ninguna fiscalización *ad post*, con centros de arbitraje no hubo ni una porque nunca entró en vigencia la norma. Entonces, no se conocía. Justo acá, Manuel Diego me comenta «ha habido una». Y yo no he visto mal, no han publicado eso. Y es el tema justo… están lanzando una norma para un tema de transparencia y no publican lo que se está fiscalizando.

Y de ahí viene la famosa, la actual, la que tenemos con la 1444, que esa lista residual que dijeron, esa lista residual va a pasar a ser una nueva lista RNA, ahora todos tienen que dar examen. Base cero, todos comienzan de cero. Eso es lo que justo Hugo comentaba, que todos vamos a dar examen. Sale esa lista residual y todos volvemos de cero.

Y como dije, igual que lo dijo Alberto también, yo también estoy en la lista, así que no sé si tengo subjetividad o no con el tema, pero le digo que se hizo todo este tema para acreditar la experiencia, básicamente, era la idea, y se dio, en el interín hubo cambios de exámenes. El tema memorístico lo trataron de dejar un poco para los nuevos exámenes, y hay una opinión del OSCE muy interesante que relata toda esta historia, que es la 82-2021 que dice: «¿Estoy en la lista o no estoy en la lista? ¿De cuándo es el contrato? ¿A quién puedo escoger de presidente? ¿Quién puede escoger la entidad?». Una procuraduría —llamémosle así a la Procuraduría General de la República— está persiguiendo a los procuradores o les está iniciando sancionador cuando no escogen a los árbitros de esta lista.

Dicho de otro modo también, en la lista hay más centros de arbitraje que árbitros en esta lista. Es otro dato importante.

Entonces, para terminar, no es importante la transparencia y la generación de data sería importante por los laudos. Cómo va la ejecución del presupuesto, la ejecución de los proyectos. Eso se debe hacer.

¿Se debe mejorar el RNA? Sí. Mejorar el tema de la admisión. Es más, por ejemplo, arbitran árbitros extranjeros. ¿Árbitros extranjeros hay ahorita en la lista del RNA? No. Sería bueno que estén también árbitros extranjeros.

Ahora, y la última pregunta, ya para los ingenieros que están acá, ¿va a pasar eso con los adjudicadores? ¿Algún día van a hacer una lista? Probablemente, no sé. Diré «papelito manda». Lo lanzo como pregunta. No sé si eso va a pasar.

Gracias.

Hugo Sologuren: Gracias.

Jorge Burga: ¿es adecuado mantener el RNA OSCE con alguna reforma, modificaciones o debe ser eliminado como propone el proyecto de ley que está siendo estudiado en estos momentos?

Jorge Burga: Gracias por la pregunta, Hugo.

El lunes estuvo debatiéndose en la Comisión del Gobiernos Regionales y Locales este proyecto de modificación de la Ley de Arbitraje, a la cual me parece que se refirió el doctor Ricardo Salazar.

Y este proyecto lo que está estableciendo es la eliminación del RNA, con lo cual yo no estoy de acuerdo. No solo porque estoy en el RNA, pero esa no es la justificación, sino que lo que me llamó bastante la atención en la Exposición de Motivos de esta norma es que dicen que la eliminación del RNA, y lo voy a citar textualmente: «permitirá abrir el universo de potenciales árbitros a profesionales ajenos a la función arbitral o no, inscritos en determinadas nóminas, pero que tienen amplios conocimientos en las materias que son objeto de la controversia, y contribuirán a la solución de cuestiones especialmente complejas».

A mí no me deja de sorprender tamaño enunciado, porque yo no creo que haya ninguna métrica en este parafraseo, diciendo que hay que abrir la cancha, básicamente, a cualquiera, tenga o no tenga experiencia. ¿Por qué? Porque yo no estoy en el RNA. Inclusive, sé que ha habido un *lobby* de gente que ha ido y está al menos exponiendo los motivos por los cuales hay que eliminar el RNA.

Yo creo que es positivo que el RNA esté. Creo que es perfectible porque el método de evaluación, el cual sufrí, por cierto, me jalaron la primera vez que fui. Fui sin estudiar pensando que tenía experiencia en contratación pública: 06 [de nota]. Y no tengo problema en decirlo, porque me costó esfuerzo después hacer ese examen memorístico, que tampoco me parece que es el más viable. Saqué 17 y pasé.

Pero creo que en la realidad que vive el país, donde tenemos universidades, carreras universitarias que no están debidamente fiscalizadas y que la calidad profesional de los abogados y de los profesionales en todos sus aspectos es bastante cuestionable. Abrir la cancha —vamos a decirlo en términos coloquiales— puede ser perjudicial no solo para los que estamos o los que nos dedicamos al arbitraje en contratación pública, sino para los que vemos todo y desarrollamos esta actividad. Creo que eliminar esto nos va a ser un flaco favor, porque lo que va a pasar, según mi criterio, es que va a pulular una cantidad de abogados que no tienen supervisión de ningún tipo ni de ningún registro, y

van a terminar explotando el tema arbitral. Al final, van a ver una cantidad de escandaletes por corrupción, que es el principal problema de la contratación pública en el Perú, que va a determinar que, inclusive, el arbitraje desaparezca.

Apenas, hace un par de años, Aníbal Torres, el inefable este, trató de tirarse el arbitraje abajo. No lo logró porque, felizmente, no pudo, pero atentados existen.

Entonces, yo creo que tenemos que proteger nuestra actividad, la cual todos los que estamos acá desarrollamos. Considero que es ventajoso, que es perfectible, sí. Que el mecanismo de evaluación no es bueno porque dejan sin piso a personas como mi amigo Hugo, que es uno de los pilares del arbitraje acá, y también te abre la cancha a profesionales que no tienen ninguna trayectoria.

Lo conversé con Manuel Diego hace unos meses cuando almorzamos y decíamos que años atrás, yo cuando era más joven, miraba a los árbitros y, más o menos, sabía quiénes eran. Pero si ahora miramos hacia abajo y no quiero ser peyorativo, literalmente, no sabes quién viene. Y el tema de la contratación pública es un punto, es algo muy álgido y que requiere mucha especialización y responsabilidad como para dejarlo en manos de cualquiera.

Hugo Sologuren: Gracias, Jorge.

Yo no estoy en el RNA, como ya lo saben, pero sí creo que el RNA debería mantenerse, bajo los nuevos criterios que ha dicho Jorge con otros procedimientos para la incorporación de los árbitros, ser más transparentes, de realmente medir por competencia, capacidad, experiencia, integridad, que debería ser lo primero.

¿Y por qué creo que sí debería permanecer el RNA? Porque si bien el OSCE se convertiría, de acuerdo a este proyecto de ley, en una entidad de designación residual, ¿qué va a suceder? ¿De dónde va a elegir el OSCE al árbitro en un arbitraje *ad hoc* que no está sujeto a ningún centro de arbitraje o a institución arbitral? Creo que el RNA, con las precisiones que ha hecho Jorge, sí debería mantenerse, pero cambiarse totalmente en su fisonomía.

Ítalo, siempre se ha criticado el RNA-OSCE por cuanto es una limitación bastante antitécnica para la designación de árbitros por parte de las entidades públicas. Y esto lo vemos, por ejemplo, reflejado claramente en el tema de la reiteración, como bien ha dicho Jorge, de la masa de árbitros que hoy son pocos todavía, hay muchísimos más centros de arbitraje que árbitros inscritos en el RNA.

Pero ¿qué les sucede a las principales entidades, por ejemplo, como el MTC o Provías, que tienen casos muy grandes que quieren elegir siempre a los mejores árbitros? Los mejores árbitros en el RNA son pocos. Y, pues, a pesar de que son jóvenes competentes, lamentablemente, yo diría que el 70 % o el 80 % de la lista del RNA no tiene las calificaciones debidas. De ahí vienen las designaciones reiteradas y vienen las recusaciones. Porque dicen: «Es empleado, pues, de la entidad, si lo designan en ocho casos…». Lo designan porque no tienen otro que designar. Pero, en fin.

Ahora, con Jorge, creo que haría una pequeña aclaración a lo que dijiste. El proyecto de ley sí prevé la creación de un organismo para el registro de centros de arbitraje. Lo prevé. Entonces, la médula del tema está en que ese registro sea muy exigente y tenga un nivel de credibilidad, técnica, etc., etc., muy alto, que los estándares sean muy altos, justamente, para evitar estos centros que no tienen página web, Código de Ética ni de nada, y encima designan árbitros de emergencia y dan medidas cautelares.

Jorge Burga: Por alusión, como dicen los congresistas.

El problema es que yo creo, y todos lo sabemos, que con los dedos de la mano podamos contar cinco centros arbitrales de provincia que hagan un trabajo tan bueno como los de Lima. Es verdad.

Hugo Sologuren: Bueno, yo prefiero no calificar a los centros de arbitraje de provincia porque arbitro en más de la mitad de las regiones del país, tanto en las cámaras de comercio como en otras entidades y la verdad es que algunos no tienen la preparación y la competencia que tienen los otros centros de larga trayectoria, pero yo diría que, en general, hay muy buenos centros de arbitraje en las cámaras del país y de otras entidades.

Perdón, Ítalo.

Ítalo Roldán: No te preocupes, Hugo.

Participante del público: Solo para tener un contexto, una imagen de cuántos centros arbitrales hay. El Renace, que es este registro nacional, tiene, a la fecha, alrededor de 233 instituciones arbitrales.

Cinco es un poco complicado, pero hay 233. Y si uno hace clic en el registro de árbitros, hay 2300 árbitros, aproximadamente, inscritos en el registro.

Entonces, eso es un poco el panorama que tenemos ahora. Lo que decía Hugo es, claro, un montón de personas arbitran, y, probablemente, algunas cuantas no cuentan con ese *expertise*, digamos.

Ítalo Roldán: Muchas gracias a la Asociación Zambrano y al Círculo de Arbitraje por la invitación.

En la pantalla he proyectado un cuadrito que muchos lo deben conocer. Se ha extraído de uno de los estudios realizados por el doctor Guzmán-Barrón, en el cual se ve la fotografía de los arbitrajes del Estado en el año 2016. La Contraloría decía que el Estado perdía 70 % de los arbitrajes en el año 2016. La PUCP decía que eran del porcentaje 63,6 %. Esa es la fotografía que teníamos en el 2016.

Luego, de manera consecutiva a esto, vinieron los escándalos de Lava Jato y Orellana, y con esta fotografía y estos escándalos es que el arbitraje entró en crisis, y de ahí viene el tema de por qué se creó el actual RNA. Fue justamente por esto. Por esta fotografía, por este cuadro estadístico y por esos escándalos en el arbitraje que acabo de mencionar. El caso Orellana y el de Odebrecht.

Y, en consecuencia, la acción reactiva del Estado a estas situaciones, es que se generó el Decreto Legislativo n.° 1444 y que lo mencionaron acá mis colegas, en el cual establecieron el actual RNA, con una redacción a que no cualquiera, a su entender, debe estar en el RNA porque el Estado perdía todos los arbitrajes, y en uno de los informes periodísticos de IDL de ese entonces, mencionaban que, de unos 74 arbitrajes, 72 eran totalmente favorables al Estado. Y estamos hablando de arbitrajes que estaban en Lima no estaban en provincia. Y a consecuencia de ello es que se emitió este decreto legislativo con este RNA OSCE.

Pero ¿acaso el problema de las obras inejecutadas actualmente es por el arbitraje? El arbitraje es solo una arista del problema. El arbitraje es una situación que, en este caso, como mis colegas lo comentan, es perfectible el RNA. Se puede mejorar. Pero eliminarlo puede traer mayores problemas porque sabemos que nosotros no queremos repetir más casos Orellana ni más casos Odebrecht a nivel nacional. Al contrario, debemos evitarlos.

Como lo comentaba Jorge, en el actual proyecto de ley, en su artículo 77.3, el dictamen que está en la Comisión del Congreso, se ha previsto que los centros de arbitrajes van a listar a sus árbitros y los procuradores van a tener que designar a sus árbitros de esa lista, y, si no están los contratistas o los procuradores van a designar sus árbitros. Y, si no está en esa nómina, ese centro lo va a confirmar. Y el peligro es ¿qué pasa si no lo confirman?

Va a hacer una reiterancia, no lo van a confirmar, y luego va a venir el tema de que el mismo centro va a designar a su árbitro que él crea conveniente. Estamos hablando más en provincia. lo que suele ocurrir y muchos conocemos que pasa en provincias ese tipo de situaciones.

Entonces, en esa situación el Estado se queda en total indefensión. No indefensión, sino que, al momento de hacer el debate para la emisión del laudo, al menos, el RNA, como árbitro, hace una discusión más mesurada en la decisión y permite que el tribunal decida conforme corresponde. Pero si tienes una mayoría absoluta del tribunal, en donde todos son designados a favor de una de las partes que tiene poder económico, prácticamente, para el contratista es como ir a una guerra perdida. Eso es lo que está ocurriendo actualmente, y esta ley, aparentemente, lo va a permitir.

Esperemos que los congresistas reflexionen y refuercen el RNA, no lo eliminen. Al contrario, reforzarlo y hacerlo más adecuado para que ingresen los árbitros de la talla de Hugo, que deberían estar en el RNA y muchos otros que todos conocemos, y que esto sea para bien de todos.

Gracias.

Hugo Sologuren: Gracias, Ítalo.

Un breve comentario. Yo discrepo un poquito de lo que has dicho porque el problema de la corrupción no es tan sencillo como el Lava Jato y otras cosas que todos conocemos. La corrupción existe porque existe corrupción en el Estado, existe corrupción en los privados, existe corrupción en todas partes. El problema no es que los centros de arbitraje confirmen o no confirmen a los árbitros. Para eso uno ha expresado que lo que debería haber son reglas muy estrictas, muy precisas, sobre qué centro de arbitraje y cuáles son las cualificaciones que deben tener los árbitros en sus listas para poder entrar. Eso es un comentario aparte.

Tenemos ronda adicional. Comenzamos en el mismo orden.

Alberto Molero: Solo para cerrar la idea al momento de mi intervención, yo creo que debemos colocar esfuerzos en lo que realmente debe corresponder. No es si el Registro Nacional de Árbitros es bueno o no es bueno. Yo creo que el mercado tiene que ir depurando los buenos árbitros de los no tan buenos, y creo que los árbitros buenos tienen que seguir mejorando en la especialización, en el conocimiento, en la discusión, el debate porque, finalmente, la idea es que si vamos a resolver controversias en materia de contratación pública, por lo menos, hagamos el esfuerzo de hacer análisis en materia de contratación pública, de contrastar normas en materia de contratación pública para 6resolverla como tal.

Creo que gran parte de la culpa que tiene meter un registro es que antes sucedía en el arbitraje en contratación pública, que algunos árbitros se alejaban de la contratación pública y resolvían en función al derecho civil. Entonces, eso también era un ingrediente que adicionaba toda esta idea de especialización y todo lo demás.

Yo creo que eso es.

Roberto Benavides: Para cerrar. Yo también concuerdo con la idea de mejorar este registro. La forma del registro, la transparencia va a mitigar muchos aspectos que se dan en los problemas que tenemos en el tema del arbitraje en compras públicas. La transparencia me parece interesante el foro de la transparencia que sacó la Cámara. Algo así deberíamos aplicarlo a todo el OSCE en el tema de la contratación pública y los arbitrajes, básicamente.

Y un tema puntual, nada más para pasarle a Jorge. Somos reactivos, pasa algo, cambia la norma. Pasó con la 1341, el arbitraje institucional bajó al *ad hoc*. La exposición de motivos del 1444, cambio a la equiparación. Dijeron que en el Perú solamente hay cuatro centros de arbitraje que cumplen los requisitos de las condiciones básicas similar como a las condiciones básicas de educación que hizo la Sunedu.

Gracias.

Jorge Burga: No eliminen el RNA, reformúlenlo.

Gracias.

Ítalo Roldán: Del cuadrito anterior, ese cuadro estadístico, es un cuadro del año 2016. Si el Congreso o la actual Comisión con ese predictamen persiste en aprobar ese proyecto de ley, mínimamente, deberían tener un cuadro estadístico actualizado al 2023, donde se vea cuáles son los resultados de los arbitrajes del Estado, actualmente, con RNA y cómo era anteriormente sin el RNA.

Por ahí he escuchado comentarios en otros eventos de procuradores que decían que los resultados actualmente, según su entender, eran entre 45 % a 55 %. Aparentemente, habría mejorado a favor del Estado. Pero ese requiere un estudio estadístico que el Congreso debería tener para decidir votar este proyecto de ley.

Muchas gracias.

PANEL VII. CLÁUSULAS ESCALONADAS, PATOLÓGICAS Y AUDIENCIAS ARBITRALES

Jorge Abel Ruiz [1] (moderador)
Gustavo Nilo Rivera [2]
Josselinee Roa [3]
Giusseppi Vera [4]
Leonardo Chang [5]

---

1 Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es Magíster en Contratación Pública, Concesiones y Servicios Públicos por la Universidad Castilla de La Mancha en España. Cuenta con un posgrado en la Universidad ESAN en Derecho Administrativo, Contrataciones con el Estado y Arbitraje, y una especialidad también en Arbitraje Internacional por la Universidad de Alcalá en España y Arbitraje de Inversión por la Universidad del Pacífico. Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP) y se desempeña como director general del Círculo de Arbitraje con el Estado, CAE. Es docente universitario en la USMP, Universidad Continental y Universidad Norbert Wiener en la Facultad de Derecho.

2 Abogado, árbitro y adjudicador independiente. Es profesor de contratación pública en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y de arbitraje en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, UPC. Es abogado por la UNMSM. Tiene un Máster en Derecho de Contratación Pública por la Universidad de Castilla-La Mancha. Es egresado de la Maestría en Derecho de la Empresa de la PUCP. Tiene estudios de posgrado en arbitraje en la American University, Washington, EE. UU., también una especialidad en la Universidad San Pablo en Madrid, España, en la Universidad de Alcalá y en la Universidad ESAN del Perú. Tiene un posgrado en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, un posgrado de contratos y litigios internacionales por la Universidad Austral de Buenos Aires.

3 Abogada con diez años de experiencia en contratación pública y soluciones de conflictos. Tiene un postgrado en Contratación Pública y Arbitraje por la Universidad ESAN y es magíster en Gestión Pública por la Universidad del Pacífico. Ha sido abogada en la Procuraduría Pública de la Municipalidad Metropolitana de Lima y administradora de contratos de concesiones en la Autoridad de Transporte Urbano, ATU, para Lima y Callao.

4 Abogado con veintidós años de ejercicio profesional. Árbitro adscrito a la nómina de la Cámara de Comercio de Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, entre otras. Especialista en arbitraje en contratación con el Estado por la PUCP, tiene experiencia en negociación de contratos, litigios, arbitraje, Derecho Administrativo sancionador, societario y contrataciones del Estado. En materia arbitral, participa en el diseño de estrategias y su implementación en arbitrajes complejos de naturaleza comercial, societaria, de concesión pública y contrataciones con el Estado. Ha participado también patrocinando en arbitrajes a empresas nacionales y extranjeras, así como también a ministerios y organismos reguladores.

5 Tiene una Maestría en Administración Pública y máster en Derecho de la Contratación Pública. Tiene especialización en Arbitraje Comercial Internacional y Arbitraje de Inversión por la American University Washington College of Law, y en Derecho de la Construcción por la Universidad del Pacífico, entre otras especializaciones en Derecho Administrativo, contratación estatal, arbitraje y solución de disputas. Es miembro de Chartered Institute Arbitration y es miembro del Dispute Resolution Board Foundation y asociado de la Sociedad Peruana del Derecho de la Construcción.

Jorge Abel Ruiz: Se ha señalado sobre las cláusulas escalonadas y también sobre la patología, y en materia de contratación pública. Lo que viene ocurriendo es que las bases estandarizadas que reúnen la forma de los contratos copian y pegan convenios arbitrales de bases estandarizadas aprobadas por el OSCE y esto genera que, al día de hoy, cuando surgen controversias en la ejecución de contrato, que ni el Estado ni el contratista sepan al monto de una controversia, qué centro de arbitraje elegir, si va a ser un árbitro único, si va a ser un tribunal arbitral.

Estos temas van a ser abordados por nuestro panel y yo le voy a dar el uso de la palabra al doctor Gustavo para plantearle la siguiente pregunta: ¿cuáles son los problemas frecuentes sobre las cláusulas escalonadas?

Gustavo Nilo Rivera: Muchas gracias, Abel.

Me ha tocado exponer el día de hoy el tema de las cláusulas escalonadas o multinivel, como se las conoce. Y este tipo de cláusulas en los últimos tiempos se ha puesto de moda. Probablemente, muchos abogados quieran introducir estas cláusulas escalonadas en sus contratos porque quizás piensan que eso los convierte en abogados sofisticados. Y yo les digo, en primer lugar, cuidado. Cuidado porque este tipo de cláusulas no es para todos los tipos de contrato y, en ocasiones, puede generar más problemas que resolverlos. Digamos que para introducir una cláusula escalonada hay que considerar si es útil, si es pertinente, etc.

Y no debemos tratar las cláusulas escalonadas como hemos tratado siempre al convenio arbitral, como una cláusula de medianoche, sino que hay que analizarla con cuidado para determinar qué mecanismos vamos a introducir, qué plazo vamos a introducir para cada mecanismo, y si es que vamos a separar el tipo de controversias que van a ser materia de este tipo de solución de controversias.

¿Qué son las cláusulas escalonadas? Son cláusulas que incluyen diversos mecanismos que son utilizados de manera progresiva o escalonada en las diversas soluciones de conflictos que puedan surgir en los contratos, sobre todo, complejos, sobre todo en los contratos que son de gran envergadura y muy complejos suelen aparecer las cláusulas escalonadas.

¿Por qué surgen? Probablemente, porque las actividades dentro de ciertas industrias cada vez se han complejizado más y como consecuencia de ello las controversias también, y habría que encontrar, precisamente, algunas cláusulas o algunos sistemas o mecanismos que permitan, precisamente, abordar esta complejidad.

Y este tipo de cláusula es, precisamente, útil para ello y, probablemente, también hayan aparecido estas cláusulas porque lo que se intenta evitar en toda relación comercial, contractual, es, precisamente, evitar el deterioro de las relaciones, porque, al ser contratos de larga data es que las relaciones internas no se terminen deteriorando, por lo menos no demasiado y se entiende que se debe evitar el arbitraje que suele ser un poco más gravoso, en cuanto a mantener las relaciones comerciales entre las partes para preferir algunos métodos que suelen ser, de alguna manera, más amigables.

Normalmente, estas cláusulas escalonadas las vamos a encontrar, básicamente, en dos etapas. En la primera, las vamos a encontrar, probablemente en trato directo, mediación, negociación, conciliación, *dispute board*, dependiendo del tipo de contrato. Y una segunda etapa donde encontramos ya plenamente al arbitraje. Pero, insisto, va a depender de cómo se termine redactando para establecer si resulta útil o no resulta útil.

Hay algunos problemas que surgen, precisamente, por esta complejidad al momento de resolver las controversias que surgen en estos contratos complejos.

Uno de los primeros problemas que encontramos está referido a la obligatoriedad de las etapas previas: mediación, conciliación, trato directo o como se le quiera llamar, amigable componedor, en algunos supuestos. Y, sobre todo, ese problema ha surgido en países como el Perú, en el caso del Perú, incluso, existe contexto constitucional al respecto, en donde se determina que el arbitraje es jurisdicción. Eso, probablemente, ha traído más inconvenientes que soluciones.

¿Y por qué? Porque se señala que si el arbitraje es jurisdicción, el acceso al arbitraje no debería tener ningún condicionamiento. No debería existir ningún paso previo para acudir directamente a ese derecho que tenemos todos los justiciables. No estoy diciendo que estoy de acuerdo con ello, simplemente, estoy exponiendo una posición, y como consecuencia de ello, se discute la obligatoriedad de los casos previos que las partes hubieran pactado: mediación, trato directo, conciliación, negociación, etc., etc.

Y lo curioso del caso es que, incluso, ya hay pronunciamientos judiciales al respecto. El famoso caso, no sé si tan famoso, pero, por lo menos, desde que lo revisé, para mí ya es famoso.

El caso de […] con el Gobierno Regional de Loreto. En este supuesto se consideró que no era necesario agotar el paso previo. Habían pactado las partes la negociación porque el acceso a la jurisdicción arbitral era irrestricto. Lo que ocurrió en este caso concreto era que se inició el proceso de negociación, pero no se esperaron los treinta días. Se envió una carta y nunca hubo respuesta, y como a los diez o doce días, empezó el arbitraje. La Corte Superior lo que dijo es, «en realidad, no es necesario que se hubiera agotado el paso previo porque esto es jurisdicción».

Ese, probablemente, es un problema que a Dios gracias no se ve tan seguido, pero existe. Está ahí y habría que abordarlo.

Otro problema es el de ejecución y cumplimiento de las etapas previas. Y aquí, probablemente, vaya un consejo. Hay que cuidar los términos al momento de configurar estas cláusulas escalonadas. No es lo mismo el «deben» que el «pueden», y hay muchos que confunden estas dos palabras. No es lo mismo decir «podrán resolver vía negociación» que «deberán». Cierto, porque en un supuesto lo va a convertir en obligatorio y en el otro es una recomendación, finalmente.

En principio, si todo está claro, en la elaboración de esta cláusula escalonada consideraría que no hay problemas en su ejecución.

Pero si la referencia a esta es ambigua, poco clara, genérica no necesariamente va a generar obligatoriedad. He ahí que va a haber, probablemente, un gran problema. Mientras más certidumbre pueda causar el contenido de esta cláusula escalonada, será mejor para las partes y tendrán menores problemas.

Y, por último, el otro problema que pueda surgir, son las consecuencias del incumplimiento de las etapas prearbitrales.

Y aquí vamos a tener dos posturas. Una que nos va a decir que si no se cumplen las etapas prearbitrales, el tribunal arbitral, una vez que se le invoque, no tendrá competencia. Es cierto, porque se entiende que esto constituiría una especie de elemento de la jurisdicción y, por tanto, no se puede abordar el arbitraje.

Y la otra postura es que, en realidad, el incumplimiento de etapas prearbitrales solamente constituye un impedimento para iniciar en un momento determinado el arbitraje, es decir, son una especie de requisito de admisibilidad del inicio del arbitraje.

Les cuento rapidito un caso concreto, es caso de la vida real. Leonardo que está acá no me va a dejar mentir. Este es un supuesto en el cual había una JRD que ya estaba en funcionamiento. Una de las partes pide una medida cautelar a la JRD, y no se la conceden porque la JRD dice que no tiene

competencia. Acude esta parte al árbitro de emergencia, el árbitro de emergencia concede la medida cautelar, y como quiera que quería mantener la medida cautelar vigente, lo que tenía que hacer es iniciar el proceso arbitral. Pero lo curioso es que no se puede iniciar el proceso arbitral, sino hasta que se entrega la obra. Eso lo sabemos.

Se inicia el proceso arbitral, y lo que se termina realizando, efectuando en el proceso arbitral, es que se señala que, en realidad, el tribunal arbitral tiene competencia para resolver las controversias, pero que, por un tema de oportunidad, no puede pronunciarse, se aboca al conocimiento, pero suspende el proceso hasta que se entregue la obra.

Probablemente sea una solución intermedia. No sé si sea la más correcta, pero es una solución intermedia que existe.

Algunos consejos. Si lo que pretendemos es elaborar una cláusula escalonada, hay que hacernos cuatro preguntas. La primera: ¿es necesario o útil para mi contrato establecer este tipo de cláusulas?; segunda pregunta: si es que la respuesta es que sí es útil, sí es necesario, además, hay que contestar la siguiente pregunta: ¿qué mecanismos son los más idóneos? No todos los mecanismos son idóneos, dependiendo del tipo de controversias; tercera pregunta, ¿estos mecanismos, dependiendo de muchas circunstancias dentro de las relaciones de las partes, deben ser obligatorios o deben ser solo recomendaciones?; y la cuarta: ¿se debe pactar esquemas escalonados igualitarios para todo tipo de controversias o podríamos separar dos esquemas escalonados para controversias distintas? Por ejemplo, controversias técnicas y controversias no técnicas.

Muchas gracias.

Jorge Abel Ruiz: Muchas gracias.

Yo escuchaba a un procurador cuando se refería a las cláusulas escalonadas, en el marco de la Ley n.° 30225 y su reglamento, ¿qué opciones va a tener el Estado, si va a pactar, en principio, solucionar mediante un trato directo o la conciliación, cuando la conciliación, sabemos que, por estadísticas, el Estado no concilia con los contratistas. Para qué voy a perder tiempo en irme a un trato directo, luego irme a una conciliación, y si no funciona eso, me voy a un arbitraje. Esa era un poco la inquietud que tenía el procurador. Y, bueno, y sobre eso qué pasa, si todavía en nuestro convenio arbitral vamos a tener una patología. ¿Cuáles son esos problemas frecuentes?

Doctora Roa, bienvenida.

Josselinee Roa: Buenas noches.

Debo decir que las cláusulas patológicas para mí siempre han resultado fascinantes. Desde que comencé a conocer el mundo del arbitraje y ver todo lo de contrataciones con el Estado, los convenios arbitrales, las cláusulas arbitrales, me resultó un tema bastante interesante.

Ahora, yo no conocía el término «cláusula patológica». Esto, bueno, me lo enseñó mi mentor en ese momento, una persona con la que trabajaba, y me dijo qué era una cláusula patológica. Y yo decía, pero ¿por qué se da esto? Me generaba demasiada duda por qué una simple redacción de un contrato puede generar todo un revuelo en la ejecución del arbitraje o, muchas veces, hacer que este se vea impedido o que demore, o que, bueno, generen muchísimas cosas.

Entonces, quisiera empezar hablando primero sobre la definición de cláusula arbitral.

Como todos conocemos, una cláusula arbitral es un acuerdo de voluntades por medio de la cual las partes deciden someter sus controversias futuras a la decisión de uno o de más árbitros para que puedan resolver las controversias.

Ahora, pasando de la cláusula arbitral al convenio arbitral patológico, entonces, nos preguntamos ¿qué es un convenio arbitral patológico? Y resulta que un convenio se vuelve patológico cuando este contiene defectos, imperfecciones o deficiencias en la redacción que impiden el normal desarrollo del arbitraje.

Ahora, hay un jurista francés, un secretario arbitral de la Cámara de Comercio de Francia, que estableció que si es que un convenio arbitral cumplía con estos cuatro requisitos, entonces, no habría ningún problema de que deviniera en un convenio patológico.

Y estos requisitos eran los siguientes: que las cláusulas o el convenio debería producir efectos que resulten obligatorios para las partes contractuales; también que no debería impedir que la justicia ordinaria intervenga antes de que se emita el laudo; lógicamente, que dote a los árbitros de la necesaria fuerza para poder resolver los conflictos que devengan en el convenio arbitral y los que se le pongan en conocimiento; y, por último, que tiene que brindar todas las condiciones necesarias para que el desarrollo del procedimiento se termine con un laudo arbitral correcto.

Ahora, luego de esto, tenemos diferentes tipos de cláusulas patológicas, y muy a mi pesar, estos tipos de cláusulas patológicas no las inventé yo, las inventó un jurista francés llamado Górgolas. Él encontró tres tipos de cláusulas patológicas que eran los acuerdos de arbitraje optativos, las cláusulas carentes de certeza y los acuerdos de arbitraje inoperantes o inejecutables.

Ahora, los que son los acuerdos de arbitraje optativos son los clásicos convenios que no excluyen claramente a la jurisdicción ordinaria. Por ejemplo, un tipo de cláusula de este tipo podría ser: «las partes acuerdan someter a la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima o los tribunales de justicia la resolución de toda controversia o discrepancia que se suscite en este contrato». Entonces, claramente vemos que si tenemos al arbitraje de la Cámara de Comercio, pero también tenemos la justicia regular para resolver una controversia, lo cual hace que, obviamente, las partes, la que no quiere el arbitraje, diga: «Oye, yo me quiero ir al Poder Judicial», y la parte que sí necesita un arbitraje más célere diga: «No, pero también nos podemos ir a arbitraje». Y ahí nos entrampamos en un problema, precisamente, porque no se definió claramente este asunto.

Ahora, las cláusulas que eran carentes de certeza, son las que contienen términos muy imprecisos o términos vagos. Ahora, acá, probablemente, algunas personas digan que no están de acuerdo, por algunas cosas, pero, por ejemplo, desde mi punto de vista, una cláusula que podría marcarse en este tipo, sería la siguiente:

> *Ambas partes acuerdan someter cualquier controversia o litigio derivado del presente contrato a los tribunales de arbitraje institucional.*

Alguno pensaría, y ya, pero ¿cuál es la patología en esta parte de la cláusula?

Y es que, si bien es cierto, desde un inicio, las partes presentan su voluntad clara de irse a arbitraje, no establecen a qué centro de arbitraje se pueden ir.

Entonces, a veces, uno puede decir, «Pero eso realmente no es ningún problema». Y lo cierto es que sí es, porque, al dejar una cláusula, simplemente, con arbitraje institucional te da la opción a irte a las mil opciones que tenemos, y, lamentablemente, no todas las opciones son las mejores.

Entonces, eso también hace que de repente una parte se pueda ir a la Cámara de Comercio y la otra parte diga: «Yo no quiero eso. Yo me quiero ir a la Católica» o, de repente incluso irse a centros de arbitraje de provincia porque, realmente, no hay una limitación en este aspecto.

Y, finalmente, tenemos los acuerdos de arbitraje inoperantes o inejecutables que, a mi parecer, son los más complicados porque estos hacen que las condiciones de la cláusula misma hagan, precisamente, inejecutable este convenio. ¿Y por qué se da esto? Porque, muchas veces, tratamos de ser

muy específicos en la cláusula arbitral, tratando de prevenir o de prever las cosas que puedan suceder. Pero, a veces, por esa excesiva prevención, terminamos cayendo en redacciones que terminan perjudicándonos a nosotros mismos.

Por ejemplo, un ejemplo de este tipo de cláusula podría ser:

> *El presidente del tribunal deberá ser un abogado peruano, con conocimiento y manejo en los idiomas inglés, francés e italiano, con maestría en gestión pública y estudios en Derecho de la construcción, y familiarizado con contratos de obras hidráulicas, obras de infraestructura urbana y pública.*

Obviamente, entendemos que si no se da uno solo de los supuestos, entonces, esta cláusula se cae. ¿Y qué pasa? Entonces, no tendríamos un presidente y este arbitraje se quedaría en *stand by* hasta que encontremos al doctor Gustavo y él pueda ser el presidente de ese tribunal. Pero si el doctor no está disponible, entonces, qué hacemos. Tiene conflicto de intereses, de repente, no sabemos.

¿A qué voy con todo esto? ¿Cuál es el problema que generan estas cláusulas? A mi parecer generan una tremenda inseguridad jurídica completamente innecesaria para las partes, porque hace que el arbitraje, que se supone que debería ser célere y rápido, y una herramienta que ayude a las partes a llegar a una solución rápida, se vea mellado por redacciones lamentables que, de repente, a nuestro mejor entender, tratando de hacer algo bonito, algo que ayude, terminamos malogrando nuestro propio convenio arbitral y nos mete en problemas.

Muchas gracias.

Jorge Abel Ruiz: Muchas gracias.

Qué importante lo que has señalado sobre las patologías que encontramos, y, a propósito de eso, hay un proyecto de ley que ya se ha ido comentando, pero me gustaría saber cuál es el enfoque que le está dando este proyecto a los convenios arbitrales, porque el Estado no se preocupa dentro del proceso de selección de modificar sus bases estandarizadas, negociar mejor su convenio arbitral y si uno revisa el perfeccionamiento del contrato, solamente el adjudicador tiene un plazo de ocho días para presentar documentos y dos días para firmar. Ninguna parte de la ley de contrataciones señala cómo va a negociar el convenio arbitral.

¿Qué novedades nos trae el proyecto, doctor Vera?

Giusseppi Vera: Buenas noches con todos.

En relación con la pregunta que me han formulado, en realidad, tenemos el arbitraje en contratación con el Estado como el mecanismo de solución de controversias hace más de cinco años.

Entonces, hemos visto en los últimos años que cada gobierno ha presentado su proyecto de ley.

En esta ocasión parecería que están avanzando más con los debates a nivel de comisiones. Entonces debo entender que la idea central en todo mecanismo de reforma es ponderar los beneficios que pueda tener el sistema de contratación con el Estado y, en particular, en el caso concreto que yo me voy a abocar, del mecanismo, en este caso, uno de los mecanismos de solución de controversias, que es el arbitraje.

Entonces, parecería inaudito, por decir lo menos, que teniendo más de veinticinco años en contrataciones con el Estado el mecanismo del arbitraje, nuevamente lo señalo, todavía se siga teniendo cláusulas patológicas.

Y en este caso en concreto me voy a referir a aquellos contratos que son los más, lamentablemente, en que en el contrato no se establece en el convenio arbitral con propiedad, el centro de arbitraje que va a administrar el arbitraje. Ojo, también hay contratos que ni siquiera tienen la cláusula arbitral. Pero también existen los otros que, teniéndola, no establecen, es decir, tienen una cláusula arbitral, pero una cláusula arbitral abierta.

Entonces, como bien decía Jorge, qué se hace con esas bases estandarizadas y no entiendo tampoco cuál es la razón por la cual no se puedan colocar los centros de arbitraje. Puede ser uno, pueden ser dos, pueden ser tres que uno coloque en la negociación entre entidad y contratista para que estén como potenciales centros que administren un caso arbitral.

No hay ninguna norma, salvo que se me haya pasado en la revisión una, pero, a mi criterio, no existe ninguna norma legal, ojo, puede haber otra norma de inferior jerarquía, pero que no, incluso, haciendo una interpretación, no tendría la fuerza, creo yo, para impedir que se pueda pactar de esa manera.

Entonces, creo que es importante mejorar este primer momento que es el de la elección de cuáles van a ser los centros de arbitraje, porque si nos damos cuenta, conforme está el mecanismo a la fecha, da un incentivo perverso, precisamente, a que proliferen los centros de arbitraje.

Antes de la exposición vi en la mañana a la fecha tenemos 233 centros de arbitraje inscritos en el Renace, una barbaridad.

Potencialmente, llegado el momento de una controversia, a cualquiera de estos 233 pueden ir. Luego, he escuchado en ene oportunidades, en prensa, en eventos, en conversaciones particulares que se quejan de que el contratista los lleva a cualquiera de estos centros; sin embargo, ¿qué se hace?, o sea, el diagnóstico se tiene, la problemática la tenemos todos clarísima, pero ¿qué se hace para que se evite ello?

Es más, reitero, se desincentiva otro proceso porque, de lo contrario, si es que estableciéramos como plantea el proyecto señalar un centro, pueden ser dos o pueden ser tres, circunscribiríamos la posibilidad de que a uno de esos centros se pueda acudir y no a otro. ¿Eso qué también haría? Desincentivaría que se creen más centros de arbitraje.

A veces también he escuchado que se han presentado solicitudes de arbitraje y/o solicitudes de arbitraje de emergencia ante centros que se habían constituido días antes. Parece que se hubieran constituido expresamente para ese caso. ¿Qué pasa si en el contrato, que es de meses atrás, se establece centro A, centro B, centro C? Eso ya no ocurriría.

Reitero, creo que el propio sistema está jugando en contra de los intereses y no digo del Estado, en particular, sino del mecanismo de contratación con el Estado.

Entonces, por otro lado, también y no menos importante, es saber cuál es la labor de los procuradores en virtud a las funciones que desarrolla.

Yo he sido muy crítico siempre en cualquier oportunidad que he tenido para conversar sobre el Decreto de Urgencia n.° 020-2020. Me parece antitécnico, pero creo que una norma lo salva. Una sola me parece es la que podría o debería mantenerse, todo lo demás no, y es la segunda disposición complementaria final que establece lo siguiente:

> Segunda.- El convenio arbitral en el que es parte el Estado peruano se redacta por los órganos competentes en coordinación con la procuraduría pública de la respectiva entidad.

Eso, en la realidad, en la práctica no se cumple. Quizá contados con los dedos de una mano los procuradores que sí participen en la redacción de la cláusula arbitral; las coordinaciones, digamos. No

participan. Si alguno de ustedes es procurador o tienen contacto y pueden conversar, eso no ocurre. Entonces, están incumpliendo una norma, no es que acá no exista, sí existe, pero no se cumple en la práctica.

Luego, considero que todos los mecanismos que establece el proyecto de ley son positivos para evitar este tema de patologías, pero si existiera alguna voluntad política bien podría no esperarse un cambio, una reforma estructural, una reforma completa de la ley, y bien podría reformarse estas normas muy puntuales. Lo digo porque, a veces, una reforma estructural amerita mayor tiempo y creo que a partir de las situaciones y la problemática que se vienen presentando no debería darse paso a más situaciones como las que hemos venido evidenciando.

Entonces, por ejemplo, tenemos algunas en concreto.

El proyecto señala que el convenio arbitral dice que debe estar con una cláusula incluida en el contrato bajo responsabilidad. Ojo con eso. O sea, ¿esto que significa? Que ya no es posible que haya un contrato sin cláusula, sin convenio arbitral, que ya no haya el que se me fue, que me olvidé, porque es bajo responsabilidad de la autoridad administrativa. ¿Se dan cuenta? Entiendo que tomarían sus precauciones para no incurrir, precisamente, en responsabilidad.

Otro. Se debe identificar el centro de todas maneras. Si bien es cierto el proyecto habla en singular, bien podría abrir la posibilidad de que sea una pluralidad de centros y al momento en que el contratista, en ese 95 % de casos en que son los demandantes, y en el caso del Estado, en un aproximado del 5 %, decida entre esa terna que previamente han señalado en su contrato.

Eso, a la fecha, no se da. ¿Existe algún problema, algún impedimento para que los congresistas lo hagan ley? No, a la fecha, no se da. ¿Existe algún problema algún impedimento para que los congresistas lo hagan ley esto? A la fecha no existe ninguno. O sea, creo que se dan cuenta de estos problemas, pero poca voluntad política existe para resolverlos.

Luego, en el tema de los centros de arbitraje. Considero que al margen de que el RNA desaparezca o no, sí debe de haber un sistema de acreditación de los centros. Ojo, al margen de que los centros únicamente sean quienes dotan de los árbitros elegibles o no debe de haber un sistema de acreditación.

O sea, no puede ser que exista la cantidad de centros y, en la práctica, vemos que no tienen los menores estándares de calidad que debieran de tener, por decir lo menos, pues debe haber un sistema de acreditación eficiente para los centros de arbitraje.

Luego, que estos son de carácter constitutivo, es decir, únicamente aquellos centros que hayan pasado por ese filtro puedan ser centros que administren casos en contrataciones con el Estado. *A contrario sensu*, si no están registrados o se les quita el registro, ya no podrían administrar estos casos. Incluso, el proyecto señala que este registro es de carácter constitutivo, es decir, si no estás ahí, no puedes llevar casos en contrataciones con el Estado.

Luego, también el proyecto incluye la normatividad, la propuesta sobre la nulidad en caso pacto en contrario, es decir, las partes, entidad y contratista, no podrían pactar en sentido opuesto a lo que taxativamente la propia norma haya establecido. ¿Por qué? Porque eso es nulo.

Por último, voy a referirme muy brevemente a un tema que si bien es cierto mañana va a ser desarrollado con amplitud, que es el caso de las medidas cautelares y el árbitro de emergencia, también la falta de establecer el centro y/o centros en el convenio ha llevado a la posibilidad de arbitrajes de emergencia también en los cuales; uno, se cuestiona cuál es el centro; dos, se cuestiona quién es el árbitro de emergencia que resuelve. Escuché en más de una oportunidad que dicen que a veces son árbitros que no tienen ninguna experiencia en algún caso arbitral, que son personas que no tienen

mayor experiencia profesional como abogados tampoco, ningún conocimiento en contrataciones con el Estado, etc.

Vuelvo al punto inicial. Todo esto podría ser evitado si regulamos correctamente el tema de los centros de arbitraje y el tema de establecer en el convenio. Primero, establecer un convenio; y, segundo, saber expresamente, bajo sanción de nulidad, cuáles son los centros de arbitraje.

Y en relación particular con el arbitraje de emergencia, desde un análisis procesal, la medida cautelar es parte, es elemento de la tutela efectiva. La tutela efectiva es solucionar la controversia sobre el fondo, pero también es otorgar tutela cautelar cuando corresponda.

Entonces, no se trata, creo, de prohibir, porque también, por otro lado, pueden ir al Poder Judicial,

Entonces, si tenemos centros de arbitraje que, debidamente acreditados, si la entidad previamente ha coordinado cuáles son los centros, se entiende que centros de buena reputación, buenos árbitros. ¿Acaso se podría dudar de quién es el centro? Entendería que ningún procurador va a poner en esa nómina, en esa lista de posibles centros de arbitraje, uno de dudosa reputación. Entendería que no. Luego, no se podría dudar ni del centro ni del árbitro que es designado por el centro para que resuelva un arbitraje de emergencia.

Jorge Abel Ruiz: Muchas gracias, doctor.

Ya que hemos hablado de proyectos y, sobre todo, de contratación pública, no solamente nos hemos enfocado a la Ley n.° 30225, sino también hablar de los contratos Fidic, por ejemplo. ¿Qué novedades, qué modelo y cuál es el diseño de los convenios arbitrales en el marco de estos contratos, doctor Leonardo?

Bienvenido.

Leonardo Chang: Muchas gracias.

El tema del título que ha mencionado Jorge en sencillo, operativamente, era invitarlos a pensar en cuál de nuestros o si en todos nuestros modelos de contratación a nivel nacional, en materia de ejecución de obras públicas se han utilizado los sistemas de resolución de conflictos incorporados en las cláusulas escalonadas estándar de los formatos contractuales aprobados o publicados por, entre otros, de los más importantes, es Fidic. Y, particularmente, me referiré en estos siguientes minutos al Libro Rojo. Sabemos todos que comprende el sistema de *delivery*, el tradicional, la responsabilidad la tiene el contratante con relación al expediente y la responsabilidad de ejecución la tiene el contratista.

Entonces, esa era la idea, pero antes de iniciar, yo quiero poner en contexto una cita que aprendí, hace ya algunos años, de Gustavo Paredes, el buen Gustavo Paredes, y ahí está José, tú que has trabajado tantos años con el doctor Gustavo, ayúdame a saber si esa es una cita de él, porque nunca se lo pregunté. Habrá oportunidad, seguro, o seguro será de él porque el hombre es bastante original. No lo he hecho yo, obviamente.

Él, cuando me comenzó a enseñar estos temas, me dijo: «Mira, quiero contextualizar esto con la siguiente idea: cuando tú quieras conocer cuál es el pasado, necesariamente, vas a tener que mirar cuál es el presente porque es la realidad. Y cuando quieras conocer el futuro, necesariamente, vas a tener que mirar al presente porque es la causal».

Entonces, en ese contexto, yo lo situé en cuál es nuestra realidad con relación a lo que ya he mencionado, al sistema de resolución de conflictos, derivado de las cláusulas escalonadas estándar implementado en los formatos de contratos, entre otros, por ejemplo, como lo que publica Fidic.

Entonces, cuál es nuestra realidad en contratación en los diferentes sistemas que utilizan para ejecutar obras públicas. Yo tengo unas líneas acá, no hay ninguna discusión que se utilice en los proyectos privados, funciona perfectamente.

Luego tenemos los proyectos de desarrollo de infraestructura con financiamiento de entidades internacionales, que es obvio, aquél que financia un proyecto de infraestructura obliga a incorporar ese tipo de formatos contractuales, entre esos, los del Fidic, y, particularmente, los del Libro Rojo, para otorgar ese financiamiento. Son normas de muchísimo tiempo, no se descubrió la pólvora.

Otro tema es el tema de las APP. En las APP, la inclusión de estos métodos de resolución de conflictos, derivados de los formatos contractuales internacionales vio su luz, primero, con amigable componedor que tú mencionaste y con el arbitraje, y luego ya comenzó a partir del año 2014 a considerarse la inclusión de los *dispute boards*, pero de manera alternativa, de manera opcional. Y ya luego toda la regulación que conocemos.

Pero, luego, hay un tema en lo que sí me voy a centrar un poquito en estos últimos minutos que es sobre la ley de contrataciones y ahí se prevé, además, del arbitraje, se prevé a la junta de resolución de disputas.

Doctor Ricardo, ¿se acuerda usted, hace un par de años, dos años y medio que nos vimos en la Cámara y era el aniversario, los veinticinco años de haber introducido el arbitraje como mecanismo de solución de controversias en la Ley de Contrataciones del Estado? Yo me acuerdo de algo muy puntual en las conclusiones que dijo, miren, señores, aquí en aquella época se tomó, el doctor Ricardo lo dijo, se tomó una decisión de que, si el arbitraje era la fórmula idónea para resolver los conflictos en contratación pública y esa idea va, y así fue. Que luego sea mejorada, pero el carro está andando. Y de ahí han pasado más de veintisiete años, aproximadamente.

Entonces, eso es lo que pasó con la JRD. La JRD tiene un antecedente que deriva de estos contratos, de estos formatos contractuales, específicamente, de las cláusulas escalonadas estándar, como ya he mencionado en la introducción que es FIDIC. Entonces, ¿esto a qué viene con la cita? Miren, hay que revisar el pasado, y se trata todo de revisar el pasado para ver cuál ha sido el proceso o cuál ha sido el desarrollo y a dónde queremos mirar y, particularmente, me referiré a la Junta de Resolución de Disputas.

Entonces, el antecedente de la junta, tenemos a partir del 2018 una junta… Tenemos que es ideal, tampoco es humilde. Será, como bien lo dice el doctor Jaime Gray, un ornitorrinco. Eso no me olvido de sus clases, para él, nuestra JRD es un ornitorrinco porque no es ni uno ni otro. Es un animal extraño, pero ahí está, está implementado. ¿Y sirve y está funcionando? Sí. No hay ningún problema. Que hay que perfeccionarlo, sí. Acercarlo y perfeccionarlo, me refiero acercarlo al estándar internacional.

Pero para entender esta realidad hace falta conocer los antecedentes y ya vamos por la primera publicación del Libro Rojo, que fue en el año 1957, si no me equivoco… Pablo, me corriges, En ese Libro Rojo, ¿te acuerdas que aparecía el papel importantísimo que tenía el ingeniero? No había *dispute board*, ¿te acuerdas? Y esa decisión del ingeniero pasaba al arbitraje directamente. Y eso fue muy cuestionado durante muchos años, porque el ingeniero hablaba por quien lo contrataba, por el contratante, y además se cuestionaba el debido proceso, se rompía con el principio de imparcialidad y todo esto fue alimentando la idea de que el ingeniero pierda fuerza. Finalmente, le quitan sus funciones y aparecen aquí los *dispute boards*. ¿Te acuerdas? Fue así. Entonces, esos *dispute boards* vinieron y en su versión del 1999, finalmente, le quitan las funciones al ingeniero, pasan al *dispute board*, y en el *dispute board* los adjudicadores comienzan a, efectivamente, a resolver las diferencias.

Luego, en la versión del 2017 ya no es solamente resolver, sino la labor preventiva. Miren ese historial, es igual que el arbitraje, como le decía al doctor Salazar. Son más de veintisiete años de todo un proceso evolutivo en nuestra norma. Si en Fidic, desde el 1957, se viene desarrollando esta idea,

hasta que terminó en la última versión del 2017, ahora la función de decisión es residual, ahora es preventiva, pero mayor énfasis al asesoramiento informal. Ahí apunta todo.

Ese es el antecedente, ¿y qué tenemos en nuestra junta? ¿Tenemos eso? ¿Se acerca al estándar internacional de la asistencia informal? O se ha quedado como factor preventivo o como función preventiva solo la de consultoría.

Entonces, ¿estamos cerca del objetivo de acercarnos al estándar internacional? No. Y, además, los invito a que lean un buen artículo del doctor Paolo del Águila Ruiz donde dice cuáles son todas las limitaciones que se le han puesto a las JRD. Ahí están unas limitaciones legales absurdas que nos alejan del estándar internacional. Dice el doctor: limitaciones temporales… En el estándar internacional, los *dispute boards* llegan hasta la liquidación. En el Perú solo llegan hasta la recepción de la obra y cuando hay resolución hasta la entrega de la obra es una locura. Pero, digamos, es absurdo porque entre el período de la recepción de la obra y la liquidación pueden pasar un montón de problemas. Cómo le vas a quitar fuerza, cómo le vas a quitar esa energía que le diste a la junta, precisamente, por implementarla.

Hay limitaciones también de competencia. No puede ver indemnizaciones, no puede ver adicionales, o sea, tú llevas esto afuera y le comentas a un adjudicador internacional: «Oye, mira, no, aquí nuestra especie de *dispute board* no puede ver asuntos de adicionales». Una cosa es que se lo quites al arbitraje —ya los árbitros veremos y haremos nuestro movimiento para que eso también sea arbitrable—, pero el tema es imposible concebir eso para una JRD.

Y también esperamos acercarnos en algún tiempo a que no sean los ingenieros quienes presidan, o arquitectos, porque la norma dice ingeniero o arquitecto, pero ¿afuera cómo es? Cualquier experto en la materia en construcción. ¿Y por qué no acercarnos a eso?

Hay una serie de limitaciones, no es una limitación, pero es una condición con el tema de los millones, de las sumas de dinero también para que se pueda implementar una junta de manera obligatoria.

Ahora, el tema al que yo quería llegar con esto es hay toda esa serie de condiciones legales que son de orden público, pero en la vida cotidiana como en el medio arbitral, muchos de ustedes saben, y me están llegando para resolver casos sobre juntas, y el tema es que, además de las propias limitaciones legales previstas en las normas de orden público del reglamento, qué está pasando, es que, en un horizonte de seis meses, una de las partes advierte que lo que viene es negativo. Además, los adjudicadores no le están dando la razón en absolutamente nada y están decidiendo no pagar, simplemente para que se disuelva la junta de resolución de disputas y pasar al arbitraje.

Entonces, se han roto la cabeza más de cien años los ingenieros para que vengan algunos fulanos, algunos ingenieros de esos a romper, a maltratar, a desfigurar el sistema de gestión de resolución de conflictos implementados, entre otros, por Fidic. O sea, dejo de pagarte para que se disuelva la junta porque me estás dando la contra en todo y me voy directamente al arbitraje.

Eso es lo que está pasando. ¿Es posible eso? No, pues, debemos encontrar un mecanismo y existe una posibilidad, dejo abierta la pregunta, ¿sería posible que, acaso el árbitro, cuando conozca esa controversia, les diga: «un momentito, señores, lo que está pasando aquí es que esa junta de resolución de disputas es la competente, así que si bien yo tengo competencia, suspendo, pero déjese sin efecto la disolución de la junta, asuman competencia en la junta, resuelvan las controversias que correspondían resolver y que correspondía que sean asumidas por la junta. Y una vez que la junta decida, recién, si no están de acuerdo, traigan esas controversias para llevarlas».

Eso sería. ¿El marco en materia de contratación pública lo permite? Sería una forma de salvar esta situación, e ingeniosa, por decir lo menos, que tienen ahora algunas de las partes de dejar de pagar para acelerar el cese de funciones de la JRD.

Miren, para acercarnos mucho más a esta estandarización internacional de los *dispute boards*, que eso es el futuro, y para evitar que existan nuevamente opiniones del OSCE, como se discutió en eventos anteriores y que no se puede considerar que el financiamiento de la JRD sea parte del costo del proyecto. Eso no puede ser posible. O sea, ¿por qué? Porque se concibe, tanto el arbitraje como la JRD como sistemas, simplemente, de gestión de resolución de controversias, pero no miran más allá. Y no simplemente es eso. Son sistemas o son adecuada gestión del contrato. Entonces, eso tiene un alcance muchísimo mayor. No es, simplemente, el costo de resolver controversias es gestionar adecuadamente el contrato. Así como todos ustedes saben que hay contrato de construcción, es importantísimo asignar correctamente el riesgo a la parte que está en mejor condición de asumirlo en el menor costo.

Entonces, es importantísimo implementar un sistema de gestión de resolución de controversias, pero integrado al sistema de una adecuada gestión contractual, para efectos de evitar esas nefastas opiniones que tiene, entre otras, el OSCE.

Muchísimas gracias.

Jorge Abel Ruiz: Muchas gracias.

Hay mucho que reflexionar, pero yo creo que el éxito de un buen convenio arbitral está en el éxito de que las partes, en su ejercicio de la voluntad de la autonomía, negocien las cláusulas arbitrales, o la junta de resolución de disputas, y esto logrará modificando la Ley de Contrataciones para darle mayor discrecionalidad, tanto a los procuradores para que se sienten con el área usuaria y, antes lanzar un proceso de selección, antes de publicar unas bases integradas, publiquen un convenio que haya sido conversado y de acuerdo, como lo decía el doctor Gustavo, a cada caso en concreto; y también para que los contratistas participen en esa negociación. Y lo recuerdo en el Decreto Legislativo n.° 1341, los postores, al momento de presentar sus ofertas, proponían dos centros de arbitraje. Y recordemos: el arbitraje es voluntad, y creo que mejorar las buenas prácticas, hoy en día, es tarea de todos.

Muchas gracias.

Panel viii. La subrogación y los terceros en el arbitraje en honor a Enrique Ferrando

Gonzalo García-Calderón Moreyra [1] (moderador)
Marisol Ellis [2]
Daniel Cuentas [3]
Gabriel Loli [4]

---

1 Abogado y magíster en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Comisión Reformadora de la Ley de Títulos y Valores y de la Ley de Arbitraje. Exdirector de la Cámara de Comercio de Lima. Arbitro internacional y nacional de la lista de la Cámara de Comercio de Lima, de la Pontificia Universidad Católica del Perú de AMCHAM Perú, Organismo de Contrataciones del Estado entre otros.

2 Con más de veinte años de experiencia. Se desempeña como abogada en Icaza, González-Ruíz & Alemán desde el 2004, actuando como abogada asociada de la División de Litigios y Solución Alterna de Disputas, y fue nombrada socia en el 2022. En el 2021 fue nombrada la representante de Panamá en la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

3 Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, miembro del Chartered Institute. Árbitro inscrito en el Registro Nacional de Árbitros del OSCE, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Centro de Arbitraje de la Cámara Americana, Amcham Perú. Tiene una sólida experiencia y especialización en materias como Derecho Civil y contrataciones con el Estado, Derecho de construcción y litigios judiciales.

4 Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego, socio del área de Derecho Corporativo del Estudio Osterling. Especialista en Derecho Público y Derecho de la Construcción, asesora de manera integral a empresas aseguradoras que operan en el país, y ha participado en análisis de reclamos de diversos tipos de póliza, discusión de coberturas y riesgos de responsabilidad civil, propiedad y construcción.

Marisol Ellis: […] que nosotros los abogados manejamos con nuestros clientes en cuanto a la estructura fiscal, la estructura patrimonial, la estructura, incluso, frente a entidades gubernamentales, surgen distintas entidades que están involucradas en una misma relación. Por ejemplo, en un contrato de obra puedes tener al constructor, pero dentro de un mismo grupo económico tienes al diseñador, y dentro de un mismo grupo económico tienes a otros sujetos que intervienen.

Pero resulta que no todos firman el contrato de obra. La gran interrogante que se da es ¿será correcto que, al momento en que surja una controversia, se incluya en ese proceso a quienes no firmaron el contrato?

La respuesta es múltiple, porque, honestamente, dependiendo de qué lado estés, y de la formación que tengas, asimismo será la respuesta. Y esto obedece a que, en nuestros países y, en general, no hay una regulación concreta y correcta, clara y precisa que diga qué hacer en estos casos.

En otras latitudes cuando manejamos arbitraje internacional, la respuesta es un poco más sencilla, puesto que en Francia, Estados Unidos y demás son figuras que son frecuentemente tratadas. Pero en nuestros patios latinos, esto pasa, absolutamente, todos los días, la respuesta puede ser múltiple.

Y lo triste es que, muchas veces, como abogados de parte y como árbitros, nos encontramos ante la situación de que las respuestas son diversas. Y así de diversas son las respuestas que, en un momento dado ese criterio de justicia, que es el que se supone que debería imperar a la hora de la toma de una decisión, no importa que se trate de una jurisdicción ordinaria o de una jurisdicción arbitral, es el que debería imperar.

Entiéndase por justicia, efectivamente, resolver la controversia como corresponda, con todos los elementos de juicio y con todas sus aristas. De más está decir que esto no va a suceder en la jurisdicción ordinaria y, por eso, la jurisdicción arbitral, para eso y para muchas otras cosas, ha sido refugio para quienes creemos, efectivamente, que el arbitraje es la herramienta que permite llegar al fondo de los problemas, y dar una solución adecuada. Pero ¿cómo dar una solución adecuada cuando te encuentras con estas sorpresas? Pero es que el contrato se ha firmado entre A y B, entre C, D y otras partes. Quizás una solución medianamente pacífica: adoptando criterios de otras latitudes.

Hay una serie de teorías que se han creado a efectos de tratar de explicar las distintas razones por las que, válidamente, un tribunal arbitral pudiera decidir una controversia que involucra a personas que no forman parte de la relación.

Y cuando hablo aquí de la relación hay que hacer una distinción. Tenemos la relación básica sustantiva del contrato *per se*, pero otra relación es la relación arbitral, puesto que sabemos, bueno, los abogados que estamos en esto, y perdón por ponerme un poquito legalista, que una cosa es el contrato que se refiere a la relación entre las partes, digamos, el contrato de obra, y otra muy distinta es el contrato de arbitraje. Tiene que haber una simetría total entre uno y otro, puesto que si no es así se desnaturaliza lo que es el arbitraje. Es más, se supone que la consensualidad es la piedra angular del arbitraje.

Pensar lo contrario, y eso es lo que dicen algunos, están totalmente negados a la posibilidad de que alguien que no haya suscrito el convenio arbitral pueda ser llamado a un procedimiento arbitral, es atentar contra el arbitraje mismo, puesto que lo único que sustenta el arbitraje es que la voluntad de las partes, por escrito, es la que determina que puede existir un tribunal arbitral.

Reitero lo dicho. El derecho se ha quedado un poquito atrás, puesto que la realidad económica nos lleva a figuras distintas que, necesariamente, obligan a traer a otras personas a la fiesta. Y esas

otras personas a la fiesta, la pregunta que uno debe hacerse como abogado de parte o como tribunal es ¿por qué estas personas deberían estar en la fiesta?

Y quizás el tema puede ser abordado desde esa óptica que nos lleva a lo básico. Dentro del desacuerdo, uno de los acuerdos que medianamente se tiene, es que no debemos hablar de terceros, sino debemos hablar de no signatarios, alguien que no firmó el acuerdo arbitral.

Si partimos desde ese hecho, hay que entender qué relación tiene ese alguien con la relación que da origen al procedimiento arbitral y dejar, quizá, un poquito de lado el hecho eminentemente técnico de que el arbitraje surge por un contrato y que este contrato tiene que estar por escrito.

Y es aquí que las distintas teorías que surgen y que existen, Voy a mencionar las más relevantes, y es el entender si, efectivamente, esta parte tiene o no una relación con aquello que sucedió. Para decirlo de manera bastante sencilla.

Si como «parte», entre comillas, fuiste lo suficientemente beligerante para estar presente al momento de las negociaciones, al momento de las discusiones, al momento del desarrollo de la relación quiere decir que cuando surge el problema, tú no puedes estar excluido de la ecuación, puesto que esto es un poco tener lo bueno, pero no querer tener lo malo.

Si nosotros abordamos el tema, tanto como abogados como tribunal arbitral, alejándonos de cualquier tipo de teoría, de entender por qué esta persona pudiese estar relacionada, lo que hay que tener es una visión retrospectiva y entender qué fue lo que pasó. Tú participaste porque eras parte del grupo económico, participaste en la etapa de negociaciones, simplemente, fue una estrategia jurídica, el tener distintos vehículos de la relación, tener uno que es el contratista, tener otro, que es el que diseña, y es una mera estructura jurídica, y alguien, yo siempre digo que son los abogados corporativos, en su momento, no advirtieron que, cuando se está suscribiendo el contrato, y se está negociando la cláusula arbitral, estás negociando con un cascarón, puesto que ese cascarón es el que se creó, única y exclusivamente, para firmar el contrato por razones fiscales por razones de distinta índole.

Pero, realmente, estás dejando fuera de la ecuación a otras personas que, años vista, pudieras querer llamar.

Con esto los llevo a una reflexión que, muchas veces, cuando nosotros estamos en estos temas, nos quedamos muy en lo básico. Así, el contrato, la cláusula y demás, pero en un momento dado hay que entender quiénes son todos los jugadores para invocar en un momento dado este principio.

Tú tienes algo que ver o tuviste algo que ver en esta relación, como principio, deberías participar del procedimiento arbitral. Hay otras teorías. Una que es, quizás, la más difícil de manejar y es la que hace referencia al levantamiento de lo que es el velo corporativo.

Y aquí lo explico de manera bastante sencilla. En teoría, todas las empresas jurídicas, todas las sociedades y demás son personas independientes. ¿Quién está atrás de ellos? No puede decir, específicamente, quién es. Para eso son personas jurídicas. Nosotros, en Panamá, manejamos las sociedades anónimas. Si eso es así, tú no puedes ir más allá de la apariencia de quién es la persona jurídica para decir que los vamos a involucrar en un proceso determinado.

Pero, para llegar, efectivamente, a conocer quién está relacionado con la causa de pedir tenemos que llegar al levantamiento del velo corporativo. Es altamente discutido en nuestros países y, particularmente, en Panamá, es algo que no está permitido, pero, si queremos, efectivamente, llegar a un criterio de definir que el arbitraje es el medio que permite solucionar las controversias, de manera efectiva, tenemos que llegar a entender que debemos permitir la participación de quienes no suscribieron el convenio arbitral, y que sean parte del procedimiento. No son tercer, en el fondo, son parte.

Por eso es que esa expresión de terceros, a mi juicio, debe descartarse. Con esto concluyo.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Muchas gracias. Coincidimos plenamente.

No debemos perder de vista que el arbitraje es una institución transnacional. No hemos inventado la pólvora. El arbitraje tiene como antecedente la Ley Modelo Uncitral, tiene como antecedente la Convención de Nueva York del 1958, la de Panamá. El Perú está haciendo como el cangrejo, estamos retrocediendo, y por culpa de la Ley de Contrataciones estamos incorporando figuras ajenas a lo que en todo el mundo se utiliza.

Entonces, estamos inventando todos los años proyectos de ley, pretender que los árbitros sean funcionarios públicos. Ha mencionado la barbaridad, iba a decir, me iba a volver Cantuarias, la estupidez del Decreto de Urgencia n.° 020, una serie de cosas que lo que hacen es trastocar una extraordinaria y magnífica norma, como el Decreto Legislativo n.° 1071, en lugar de malograr la Ley de Contrataciones del Estado. Que hagan lo que quieran con su Ley de Contrataciones del Estado, pero que no se metan con la Ley de Arbitraje.

Y eso es lo que está ocurriendo ahora, vamos a escuchar a Daniel, con el tema del artículo 14, en donde en el ámbito privado ya lo mencionó, clarísimamente, no hablamos de terceros, hablamos de partes no signatarias, y el artículo 14 después lo explicaré un poquito cómo se llegó a la Comisión Redactora de la Ley de Arbitraje a este consenso.

En contrataciones tenemos, brillante quien lo haya incorporado, no sé quién de los funcionarios públicos, terceros coadyuvantes. Y crearemos, probablemente, en el futuro, la denuncia civil y todas las figuras del Código Procesal serán incorporadas a la Ley de Arbitraje en materia de contrataciones.

Te dejo, Daniel, con tu tema.

Daniel Cuentas: Muchas gracias, Gonzalo.

Yendo al eje temático que nos aborda ahora, la pregunta la venimos merodeando. ¿Hay terceros en el arbitraje?

Después de escuchar a Marisol, creo que, por aclamación, la respuesta es no. Puede ser parte signataria o no signataria, pero eres parte, no tercero.

Esto es lo que tenemos como concepción del arbitraje desde su forma como consentimiento para resolver una disputa entre los agentes de un contrato o de una relación jurídica.

Sin embargo, y como ya lo venía *espoileando* nuestro presidente de mesa, nosotros, en el Perú, estamos innovando y quizás de la manera más perniciosa. ¿Y por qué? Porque en el Perú hay una figura coadyuvante que está reservada para los organismos reguladores. Para los que nos visitan de afuera, los organismos reguladores, pues son estos organismos públicos descentralizados, creados para garantizar un tratamiento técnico del servicio público prestado por privados, y en el marco de sus funciones, regula, fiscaliza, supervisa, sanciona.

Estos organismos reguladores participan de los contratos de concesión o de APPS, y, en el marco del Decreto Legislativo n.° 1362, se ha previsto que uno de los mecanismos de solución de controversias para los contratos de APPS, asociaciones público-privadas, sea el arbitraje.

Y es ahí en donde vamos a encontrar el problema del que les vengo a conversar hoy.

El artículo 56.3 de este Decreto Legislativo n.° 1362, señala lo siguiente: «La entidad pública titular del proyecto garantiza la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales», para coadyuvar al debido patrocinio del Estado.

¿Qué significa eso? ¿Cómo coadyuvas al patrocinio del Estado, siendo un organismo regulador?

Entonces, para entender un poco la semántica de esto, tendríamos que ir al cuerpo normativo más cercano que tengamos en donde esté regulada la intervención coadyuvante, y esto nos lleva a nuestro siempre criticado Código Procesal Civil, cuyo artículo 97, en el capítulo de terceros, dice lo siguiente sobre la intervención coadyuvante: «Quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones, pero que pueda ser afectada desfavorablemente, si dicha parte es vencida, pueden intervenir en el proceso como coadyuvante de ella».

Entonces, en buena cuenta, lo que nos está diciendo el artículo 56 del 1362 es que los organismos reguladores intervienen, coadyuvan y la forma de coadyuvar es con un tercero, porque están asegurándose de que exista un debido patrocinio.

En realidad, esto es bastante gaseoso y, desde mi perspectiva sí genera un problema porque cómo regular esto ya en el interior de un arbitraje. Dicho sea de paso, este artículo 56 del que les vengo hablando dice lo siguiente respecto a los tribunales: «El árbitro o tribunal arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores».

A diferencia de lo que nos comentaba Marisol, en un arbitraje, digamos, por ejemplo, privado, comercial, esta decisión de dejar que alguien intervenga o no en un proceso, ya no vamos a decir, si como parte o como otra cosa, le corresponde a los árbitros. Sin embargo, aquí la norma no está dejando mucho espacio para manejar. La obligación está puesta. La categoría pareciera que también.

Y, entonces, cómo se mastica esto en un proceso, es decir, cuándo la participación del organismo regulador está excediendo la de un mero coadyuvante y está volviéndose la de una parte. Porque, recordemos que los organismos reguladores también participan en lo que es la ejecución del contrato.

En el caso del Ositran, por ejemplo, eso puede ser un poco más palmario, porque así lo dice la Ley n.° 26917. Entonces, creo yo que hay un asunto de límites y de parámetros para esta participación que no está clara, pero ya nos dejan con el problema puesto porque aparece en la norma.

Y, fíjense que uno que no está claro, y acá me voy a robar una frase que dijo Leonardo Chang hace un ratito, porque hay que ver para qué estaba pensado esto, cuál era el propósito de dejar que los reguladores intervengan en los arbitrajes en materia de APPS.

Y si bien en el Decreto Legislativo n.° 1362 no hay una exposición de motivos, en donde se explique el propósito de la intervención de los organismos reguladores, en su antecedente, el Decreto Legislativo n.° 1224, sí la había, y lo que decía era lo siguiente: «El fin era que los reguladores puedan expresar su opinión institucional en dichas controversias, sin que ello conlleve que formen parte del proceso arbitral».

Es decir, el propósito en la anterior norma, de la intervención de estos coadyuvantes, era que sirvan como una suerte de *expert goodness* o *amicus curiae* del tribunal, y que por eso no se integraban como parte.

Sin embargo, este propósito no ha sido trasladado en la exposición de motivos del Decreto Legislativo n.° 1362, y tampoco hay parámetros para la intervención de los organismos reguladores. Lo único que sabemos es que intervienen y coadyuvan. Y no sabemos de qué manera y hasta cuál alcance. Y solamente, para ir concluyendo porque ya veo que me están sacando tarjeta roja, alguna vez conversé sobre este tema con Kike Ferrando, y él, como en muchos temas, era muy categórico en su opinión. Y lo que él decía es: «Los contratos de concesión son firmados por el Estado peruano, y cualquier entidad o dependencia forma parte del Estado peruano, y, por tanto, debe formar parte de las controversias que se diriman en función o en virtud de estos contratos suscritos». Que, además, eso guardaba bastante relación con los contratos de garantías y seguridades de los contratos-ley.

Entonces, para él la cuestión era mucho más práctica, si el Estado firma esto como concedente, más allá de que sea una entidad la que aparezca en el contrato, cualquier entidad del Estado debe participar y en calidad de parte.

Este es el problema que les quiero contar, a propósito de si existen o no terceros en el arbitraje peruano.

Muchas gracias.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Gracias, Daniel.

Voy a presentar ahora al doctor Gabriel Loli, quien vas a aterrizar un poquito, a través de un caso práctico, el segundo párrafo del artículo 14 de nuestra legislación.

Como saben ustedes perfectamente, nuestra legislación establece que se extenderá el convenio arbitral a aquellas partes no signatarias que pretendan derivar derechos o beneficios del contrato según sus cargos.

El ejemplo clásico de este segundo párrafo es una póliza de seguro de vida en donde la compañía de seguros no quiere pagarle al beneficiario y el beneficiario quiere reclamar lo que le corresponde, y no sabe si demandar en la vía judicial o en la vía arbitral.

Nuestra legislación permite, justamente, que lo demanden en la vía arbitral porque pretende derivar derechos y beneficios, justamente, de ese contrato que contiene una cláusula arbitral.

El primer párrafo lo comentaremos después.

Sobre este segundo párrafo nos va a comentar un caso práctico.

Adelante.

Gabriel Loli: Gracias, Gonzalo.

Entender un poco el tema es entender la dinámica del seguro. Se considera que la subrogación es un derecho inherente a la compañía de seguros por el hecho de que ella administra un riesgo que en algún momento se va a materializar. ¿Y por qué? Porque la compañía de seguros es la que afrontará el riesgo que, en cualquier otro escenario, el asegurado habría tenido que afrontar sin ella.

Entonces, se entendía que el hecho de asumir ese riesgo, el administrar ese riesgo, conllevaba el derecho de la subrogación para que la compañía de seguros recupere del tercero responsable la indemnización que debía pagarle al asegurado.

Y en virtud de ese principio, las compañías de seguro se subrogaban y ejercían los derechos del asegurado frente a quien le ocasionó el siniestro, pero se cuestionaba esta participación, esta subrogación de la compañía de seguros, porque se estaba subrogando en virtud al pago, no se estaba subrogando en virtud al pago de un tercero, sino lo hacía en virtud al pago de la obligación que nace del propio contrato celebrado entre la compañía de seguros y el asegurado.

Es decir, la compañía de seguros no está pagando una obligación de un tercero, como pago de una indemnización, está pagando la indemnización, está cumpliendo con su contrato. Está cumpliendo con la obligación que tiene frente al asegurado y, en tal sentido, se cuestionaba la participación de la compañía de seguros en las acciones que le correspondían al asegurado.

Y la Ley del Contrato de Seguro, hasta cierto momento y respecto de seguros específicos en el Código de Comercio, dio fin a esto. Que ya dejó de ser un principio y establecieron una subrogación

legal y más general, porque el Código de Comercio son la grava de los seguros de incendio y de transporte. Y la compañía de seguros paga y se subroga los derechos del asegurado. Así dice la Ley del Contrato de Seguro, pero aun así, el cuestionamiento se mantiene.

Hace poco estaba leyendo un artículo, cuyo protagonista estaba sentado atrás, Sandro, comentaba un laudo que tuvo, precisamente, esta disyuntiva y se resolvió a través de un voto en mayoría que terminó dirigiendo la compañía de seguros al Poder Judicial, pues se consideró que son relaciones jurídicas distintas: una, la que se discutió en el arbitraje, que derivaba entre el asegurado y quien le causó un daño; y la otra, la de la póliza de seguros entre el asegurado y la compañía de seguros. El tribunal decía: «Oye, esto no te permite meterte en el convenio arbitral, son dos relaciones jurídicas distintas».

Y, en mi opinión, parte de donde surge el error, en todo caso, es una perspectiva que no comparto, es que se pretenda analizar la subrogación de la Ley del Contrato de Seguro a través del tamiz del Código Civil.

Al menos respeten los supuestos que analiza el Código Civil cuando regula el pago de un tercero, ¿no?, porque si hacemos eso, efectivamente, vamos a llegar a la conclusión a la que llegaron los árbitros en el voto en mayoría. Son dos relaciones jurídicas distintas. Y, en realidad, ese no es el objetivo de la subrogación que regula la Ley del Contrato de Seguro, al menos, no es el único.

El principal rol de la subrogación, entendido desde una perspectiva del Derecho de seguros, es que el asegurado no cobre doble. Que no le cobre a la compañía de seguros y que, al mismo tiempo, le cobre a quien le causó el daño.

Y el segundo rol, rol más social quizás, es el que luego de que la compañía de seguros paga la indemnización al asegurado es que el responsable del daño tenga que afrontar las consecuencias de sus actos, de sus acciones.

Recordaba, hace un par de años, mi hermano me llamó, lo habían chocado. Felizmente, el carro de mi hermano estaba asegurado, llegó el bróker, fueron a la comisaría y allí quien lo había chocado le dijo: «Oye, pero si tú tienes seguro, entonces, ¿yo ya que hago acá?».

Entonces, tenemos en la cabeza el hecho de que como tienes seguro, entonces yo me salvo y se salvan todos. Y quizás la única aplicación supletoria del Código Civil que valga la pena invocar, teniendo en cuenta la naturaleza del Derecho de seguros, y el principio que les comenté hace unos momentos, es el 1262: «la subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías». Y es una opinión cuando la ley dice que la compañía se subroga en los derechos del asegurado, esos derechos también incluyen las acciones, las garantías que tenía esta frente al responsable del daño, incluyendo las del ejercicio de las acciones que se derivan del convenio arbitral.

Pero ¿qué hacen las compañías de seguro para evitar este cuestionamiento? Pues logran la subrogación convencional, logran una cesión de derechos para no tener que depender de la subrogación legal y de que lleguen a estar interpretaciones que les he comentado la pactan. Pactan una subrogación o pactan una cesión.

Y dependerá de qué figura, ya sea la subrogación o la cesión se ajuste mejor a las circunstancias. ¿Y a qué me refiero? La subrogación, la compañía de seguros le da derecho de repetir contra el responsable, pero solo hasta el monto que ella ha pagado. La cesión de derechos, no. Le da todo.

¿Y a qué me refiero? Puede ocurrir que un siniestro, el asegurado sufre un siniestro por ochenta millones, pero la póliza solamente le cubre sesenta. Entonces, la subrogación solamente le va a permitir a la compañía reclamar los sesenta, no los ochenta. La cesión no. le va a permitir a la compañía reclamar todo. Eso, y no es que la compañía se meta al bolsillo veinte millones. Simplemente, lo hace por un tema práctico porque, de lo contrario, tenía que el asegurado y la compañía de seguros, los

dos, demandar, y lo más práctico es que sea, solamente, uno de ellos y que después le devuelva los otros veinte.

Y si miramos el convenio arbitral, si lo interpretamos de manera extensiva, ante cualquier deuda debería preferirse la continuidad del arbitraje con la compañía de seguros. Ya sea producto de una subrogación legal que contiene la Ley del Contrato de Seguro, ya sea a través de una subrogación convencional pactada, o también de la cesión, salvo, y lo menciono porque ese fue, precisamente, el objeto del informe, que el convenio arbitral expresamente lo prohíba. Que el convenio arbitral diga: «Nuestro convenio prohíbe la subrogación y prohíbe la cesión de derechos», que fue lo que nos pasó. Y eso tiene una consecuencia que atañe únicamente a la relación jurídica entre la compañía de seguros y el asegurado, porque, usualmente, las pólizas de seguro tienen disposiciones que castigan al asegurado si es que este ocasiona o perjudica el derecho de subrogación de la compañía de seguros.

Entonces, obviamente, un convenio arbitral en el que se prohíbe la subrogación está perjudicando la subrogación de la compañía o, por ejemplo, que el asegurado no haya interrumpido el plazo de prescripción y ha perjudicado la acción que, eventualmente, la compañía pueda seguir más adelante, o que el asegurado dice que ha celebrado una transacción con el causante del daño […].

Muchas gracias.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Gracias, Gabriel.

Para explicar un poquito lo que comenté hace un rato sobre, al momento de la redacción del artículo 14, ¿qué se pensó en la Comisión?

Lo primero, que sea un tema casuístico, y, en segundo lugar, que sea restrictivo. Una interpretación restrictiva.

Casuístico porque, evidentemente, no todos los casos son iguales.

Les voy a poner un caso absurdo. Imagínense ustedes que en un contrato de arrendamiento interviene la corredora. Obviamente, la corredora interviene para asegurar su comisión del 3 %, 5 %, lo que sea, y firma el contrato. ¿La vas a incorporar al proceso? No seas ridículo. Tiene absolutamente nada que ver en el tema entre el propietario y el inquilino.

Entonces, por ejemplo, qué ocurre con una empresa prestadora de salud que tiene celebrado un contrato con un asegurado y hay una vinculación entre la EPS y el asegurado, donde tienen convenio arbitral. Pero, la EPS, para brindar el servicio a sus asegurados, tiene, a su vez, celebrado contratos con diversas clínicas.

Entonces, esos contratos, por esa mala práctica que puede haber llevado adelante esa clínica con ese asegurado, ¿puede jalar o no a la EPS? ¿Está derivando derechos de ese contrato?

Entonces, esos casos son los que se presentan permanentemente. Esos son los casos interesantes. El único caso que ha llegado a la judicatura peruana es, y se ha publicado un libro, inclusive, el caso de las famosas pesqueras, en donde el tribunal arbitral que, justamente, fue lo que dijo Marisol, se levantó el velo societario, era un grupo societario, un grupo económico y, en consecuencia, quien había suscrito el contrato era la pesquera que no tenía casi bienes, entonces, se jaló, pues, evidentemente, a todo el grupo para que forme parte del proceso arbitral. Absolutamente lógico.

Esa es la finalidad del artículo 14, porque, además, se extiende el convenio arbitral a aquellos, cuyo consentimiento, y, efectivamente, la *holding* participó, no firmó, pero el gerente… son los mismos accionistas, y, entonces, ahí viene un tema muy fino para hilar, porque en la doctrina se establece qué porcentaje de accionistas tienen que estar en este grupo societario a efectos de establecer si hay o no vinculación.

El caso que les ponía, por ejemplo, de las empresas prestadoras de salud. No es igual que la empresa prestadora de salud contrate con una clínica X, que el servicio lo brinde una clínica que forma parte de la EPS.

Todos esos tipos de casos hay que analizarlos casuísticamente con mucho detalle, y creo siempre, restrictivamente. ¿Por qué restrictivamente? Porque el arbitraje es una, si quieren llamarlo jurisdicción, me da igual, es un mecanismo de solución de controversias extraordinario. La vía ordinaria a la que todos tenemos derecho es la judicial. Nos guste o no. Papá Estado se encarga de resolver las controversias. Y lo que le decimos a papá Estado es: «Gracias, no te metas. No me da la gana de que intervengas en este conflicto, y lo va a llevar un privado en el cual confío».

Y, en consecuencia, no puedes jalar, no puedes invitar a la fiesta a quien no quiere ser invitado, si es que no ha participado activamente en la negociación, celebración, terminación del contrato.

Gracias.

PRESENTACIÓN ARBITRAL WOMEN

Presentadora: Creemos que es importante que socialicemos, que hablemos de Arbitral Women.

Yo soy miembro de Arbitral Women, pero acá también tenemos muchísimas miembros de Arbitral Women.

Estoy viendo por acá a Alessandra, Úrsula, Ceci, mi amiga, Vale, Josselinee y muchas más por ahí.

Pero queremos que todos conozcan qué es Arbitral Women.

Entonces, ¿quiénes somos?

Arbitral Women es la principal red global para mujeres que desarrollamos nuestra actividad en mecanismos de resolución de disputas.

Es una organización de mujeres profesionales que trabajamos en diversos roles. Árbitras, adjudicadoras, mediadoras, conciliadoras, peritos, peritas, expertas abogadas consultoras.

Arbitral Women es una Organización Internacional No Gubernamental que desde 1993 impuso la participación de las mujeres en todas las disciplinas relacionadas a la resolución de disputas.

En el Perú, comienza, aproximadamente, en el año 2018, con Diana Gárate, la voy a nombrar, y luego viene la pandemia, todos nos encerramos y estamos retomando el tema de Arbitral Women con fuerza.

Formamos una plataforma poderosa, y lo digo así con toda sinceridad. Es una plataforma poderosa para mujeres que estamos activas en el mundo de los mecanismos alternativos de solución de disputas, y lo que queremos es dar visibilidad a las mujeres.

Queremos agregar valor a todas las mujeres que se unan a Arbitral Women, pero, sobre todo, queremos promover la diversidad, porque es importantísimo que tengamos, diríamos, distintos conocimientos, distintas perspectivas porque son necesarias.

Hoy día, en la mesa de mi querido profesor, Ricardo Salazar, se habló de la sostenibilidad. Los objetivos de desarrollo sostenible, y el número 5 trata de la igualdad de género y la diversidad.

La diversidad, la inclusión, no es algo que está de moda, ha venido y a quedarse.

¿Cuál es nuestro propósito? Lo que queremos es promover a las mujeres en el arbitraje y otros mecanismos de solución de disputas, pero para ello es necesario que nos conozcan. Aquí estamos queridos amigos.

¿Qué apoyamos? El Equal Representation in Arbitration, y ustedes dirán: «¿qué es eso?».

En el año 2015-2016, en Londres, y esto es un tema global, se dieron cuenta de que hay una infrarrepresentación de mujeres en tribunales arbitrales, y decidieron crear el Equal Representation in Arbitration. Arbitral Women lo apoya.

Pero resulta que, haciendo una investigación muy sencilla, ustedes entran a la página web de Equal Representation Arbitration y van a encontrar que hay muchos estudios de abogados peruanos,

centros de arbitrajes que han firmado este *pledge*, este manifiesto, donde se comprometen a nombrar mujeres árbitras en los tribunales.

¿Cómo ser parte? Y aprovecho a todas mis colegas que están acá, pueden ser parte. Se pueden unir, pueden entrar a este *link*. Es sencillo, presentas una aplicación a través de la página web, y adjuntas una foto, adjuntas tu currículum, hay un pago que hacer, e, inmediatamente entras a una evaluación y puedes pertenecer a esta red global que acabo de explicar.

Ellos son nuestros socios: ICC, el CIArb, Equal Representation. Por eso hablábamos de que es una red global poderosa.

Compendio de unicornios. ¿Qué es el compendio de unicornios? El compendio de unicornios es un trabajo que ha hecho Arbitral Women, una guía global donde van a encontrar a todas las mujeres árbitros, y ahí tenemos que estar las peruanas también, de todas maneras, y todas, en general, que quieran participar de esta red.

Y la pregunta es ¿por qué unicornios? Y les voy a contar una historia.

Hace unos años atrás, había un evento de arbitraje como este, no en el Perú, y un asistente hombre dijo lo siguiente: «Que le encantaría nombrar más mujeres calificadas como árbitras, pero ellas no existen. Es como tratar de encontrar un unicornio».

Lucy Greenwood, una árbitra internacional lo tomó con humor, con gracia, y se embarcó en una misión. Adquirió y repartió a muchas mujeres árbitras alrededor del mundo un broche de plata, de un unicornio para que lo usáramos y, de esa manera, mostráramos solidaridad.

Si bien hay un importante crecimiento de mujeres en el mundo del arbitraje, y hay una diversidad de género que se está buscando, y hay un compromiso, lo acabo de decir, del ERA Pledge, aún hay mucho camino por recorrer.

Representamos, según información de Arbitral Women, del 100 % de árbitros designados, un 26 %. Y ese número, más, menos, unos dos puntos porcentuales, pasa igual en Perú. Y, peor aún, de ese 100 %, 17 % corresponden, diríamos, somos el 17 % nada más de mujeres designadas como árbitros respecto de las partes.

Tenemos mucho camino por recorrer, y estamos las mujeres en unidad, de verdad, porque creemos en la diversidad, creemos en la inclusión, pero solas no lo vamos a hacer. Necesitamos a todos ustedes. A toda la comunidad, para incluir, para lograr esa diversidad y esa inclusión.

Así es que los invito, todos juntos hagamos esto una realidad, y, obviamente, después ya no tengamos necesidad de hablar de mujeres en el arbitraje.

Muchísimas gracias.

CONFERENCIA DE VIDA
ING. CARLOS LÓPEZ AVILÉS

Karina Zambrano: Carlos López Avilés. Su nombre ya indica todo.

Es conocido en el Perú, en el extranjero. Ha sido el promotor de la JRD en el Perú y lo hemos invitado para este momento humano, para que conozcan su experiencia, su trayectoria, y, sobre todo, los retos que ha tenido que superar. Y queremos conocer su corazón.

Bienvenido, Carlos López Avilés.

Carlos López Avilés: Muchas gracias, Karina, muy amable. Muchas gracias a todos por estar acá. Normalmente, a la última hora, no queda nadie, pero parece que quieren saber de mí.

Hay una frase que a mí me ha gustado siempre desde que la escuché hace varios años, que es que «el hombre es el hombre y sus circunstancias». Es una frase del filósofo español Ortega y Gasset.

¿Qué cosa son las circunstancias que hacen que el hombre sea el hombre? Son las cosas que le suceden en su alrededor, en su entorno. Pero hay que tener presente que las personas no pueden influir sobre las circunstancias, pero sí pueden verse afectados por las circunstancias.

En la mañana, Pablo habló de los estoicos. La filosofía de los estoicos es que uno no puede influir sobre las cosas que suceden, pero sí dominar sobre la manera cómo lo afectan, las cosas que suceden.

¿Por qué hago mención de estos conceptos? Porque esto a lo que nos lleva es a la experiencia. Lo que nos dan las circunstancias que hacen que el hombre sea el hombre, y la forma cómo ellos se ven afectados, o la forma como perciben que se ven afectados, es lo que constituye la experiencia.

La persona humana tiene dos planos, por lo menos, dos que son importantes para definir lo que son, que son el plano, digamos, académico de los conocimientos, y el plano de las experiencias también.

En este caso, voy a mencionar brevemente la parte académica, y me voy a referir más a la parte de las experiencias a lo largo de mi carrera.

Entonces, también hay un punto adicional: las circunstancias pueden ser positivas, cosas buenas que nos pasan, o pueden ser negativas, cosas malas que nos pasan, pero ambas contribuyen a formar lo que la persona es en función a cómo lidió con unas o lidió con las otras.

Al final, de lo que se trata es de que la gente, las personas, sean buenas personas, porque las buenas personas producen buenas sociedades. Y al final de cuentas eso es lo que interesa. Que seamos buenas personas, si no surgen los problemas.

Otro concepto que quiero esbozar antes de entrar ya a más detalles es que la vida de las personas se produce o gira alrededor de muchos planos distintos, por ejemplo, el plano familiar, plano personal, el plano amical, los amigos, el plano profesional, el plano educativo, donde se formó, el laboral, donde trabaja, su interacción social con otras personas, o también puede ser gremial, deportivo, cultural.

Son distintos planos que todos contribuyen a la formación de la personalidad de alguien.

Son planos paralelos, no necesariamente simultáneos, uno puede estar moviéndose en dos o tres o cuatro, más tiempo, menos tiempo, pero todos existen, y las personas se desarrollan y se desenvuelven de una forma en unos, de otra forma en otros. El secreto está en saber cómo desarrollarse o cómo desenvolver cuando uno está en alguno de ellos. Nadie se comporta de la misma forma en su casa que en su trabajo, que en la iglesia o que, en la universidad, a pesar de ser la misma persona.

Y otra cosa es que estos planos se suceden a distintas velocidades. Uno puede ser mucho más rápidos, más violentos, otros pueden transcurrir muy lentos. Los cambios que te produce uno pueden ser rápidos, los cambios que te produce otro pueden ser lentos, pero todos en conjunto forman la experiencia a la cual nos estamos refiriendo.

Entonces, conocimientos más experiencia es lo que, en mi concepto, forma a la persona humana, que es lo que vamos a señalar.

Entonces, ahora paso a ver cuáles han sido mis circunstancias, aquéllas en que el hombre es el hombre y sus circunstancias. Bueno, ¿cuáles han sido mis circunstancias? Mi experiencia de vida personal.

Yo diría que la primera circunstancia trágica que marcó mi vida fue que cuando yo tenía cuatro años mi hermano León, que está acá presente, tenía dos, y mi tercer hermano acababa de nacer, nuestro padre fallece en un accidente de tránsito.

Mis padres se habían casado muy jóvenes; diecinueve años él, dieciocho mi mamá. Entonces, imagínense, quedó viuda a los veinticuatro con tres hijos. Nos fuimos a vivir con nuestros abuelos maternos, y eso, sin duda alguna, marcó nuestra formación y nuestro carácter.

Mi madre, posteriormente, se volvió a casar. Tenemos cuatro hermanos más, somos siete exactamente iguales en cariños, ante todo, incluso la séptima está presente acá en la sala, al fondo, que, dicho sea de paso, somos los tres únicos que vivimos en el Perú. Los otros cuatro están desperdigados por el mundo.

Desde los cuatro años, yo, prácticamente, no tengo ningún recuerdo de él en mi memoria, tengo una foto, pero nada más. Entonces, toda mi crianza y la de mis dos hermanos por parte de padre y madre fue por nuestros abuelos maternos, y yo les digo y lo digo sin ningún tipo de vergüenza, yo viví con mis abuelos hasta el día que me casé. Ese día fue el día que salí de la casa.

Entonces, toda mi formación como persona surge de ellos dos.

Mi abuela y mis hermanos que están acá presentes no me dejarán mentir, era una mujer muy sabia. Incluso, nos acompañó muchos años. Falleció de más de cien años, cuando ya tenía, incluso, nietos, o sea, mi abuela llegó a conocer a sus tataranietos, y era el eje alrededor del cual giraba toda la familia.

Mi abuela, desde que tuvo, más o menos, ochenta, tenía un problema de un accidente cerebro vascular, entonces, no salía de la casa, pero sabía lo que pasaba en toda la familia. Todos decían: «No le vayan a contar a la señora Dora». Qué importaba si no le contaban, ella ya sabía. ¿Cómo sabía? Nadie sabe, pero sabía. Y, además, era una mujer llena de dichos. Para todo tenía un dicho. Para cualquier circunstancia tenía un dicho.

Hay uno que yo recuerdo mucho, probablemente, ahora sería bastante poco político, pero recuerden, pues, una mujer que había nacido a principios del siglo XX. Ella decía que la sociedad se dividía solamente en dos: la gente decente y la plebe. De acuerdo a como tú actúes, te vas a encasillar en uno o en otro. No depende ni de la economía ni de la raza ni del color ni del sexo… te portas bien: eres gente decente; te portas mal: eres plebe. Y esa era toda la sociedad para ella.

De esos tiempos también no puedo dejar de mencionar que un tío mío que vivía en la casa de la abuela materna, hermano de mi mamá, el que le seguía dos pasos detrás, fue el que me pagó toda mi educación universitaria. Es a él al que le debo lo que soy profesionalmente. Él, sin ningún tipo de obligación, se ofreció a hacerlo y lo hizo, y fue el que solventó toda mi carrera universitaria.

Por supuesto, después, quise hacer lo mismo con el hijo de él, que también siguió su carrera universitaria, porque hay que ser siempre recíprocos en la vida.

Entré a la Universidad Católica. Acá, varias de las personas que han hablado, son de la Universidad Católica, y para mí, la Universidad Católica es la que tuvo un efecto decisivo, no solo en lo profesional, sino en lo personal también.

En esa época, estoy hablando de loa años setenta, 1972, entré en la universidad, salí en el 1977, la sociedad, la política era bastante peculiar. Los únicos que tenían caros grandes en la universidad eran los que tenían papá militar. Algunos incluso llegaban con chofer y protegidos, y los demás teníamos que venir en nuestro micro, la famosa línea 23; unos carros que están viejos y que parecía que no tenían origen visible en el pasado, y que nos dejaban como a cien metros de la universidad, y de ahí había que caminar por lo que ahora es la avenida Universitaria. En esa época, no existía. Estoy hablando como si estuviésemos hace centurias, pero no, fue recién al inicio de nuestra carrera. Ricardo y varios de los que están acá presentes, confirmarán que lo que estoy diciendo es así de correcto.

Pero, bueno, mi paso por la universidad fue muy importante. Voy a decir algunas cosas que las digo con orgullo, pareceré vanidoso, pero igual las quiero decir. Yo entré con el tercer puesto a la universidad, y de 700 que entramos, solo dos terminamos sin haber repetido ningún curso en once semestres, que era lo que la currícula señalaba. Entonces, de 700, dos no más terminamos. Otros terminaron después, pero, digamos repitiendo algún curso por ahí o por allá.

Entonces, esto hizo que algunos de los profesores me echaran el ojo. Uno de ellos quiso hacerme profesor de la universidad. Yo acababa de cumplir 21 años cuando terminé la carrera, y me pidió que fuera profesor en la universidad, en un curso de Matemáticas básicas, que se dictaba a los que recién ingresaban, los chicos que recién ingresaban. En esa época ya había estudios generales.

Y ahora se puede decir como cosa anecdótica, que lo primero que yo tenía que enseñarles a esos chicos, que recién ingresaban, era el uso de la regla de cálculo.

Seguramente, muchos de ustedes dirán: «¿Regla de qué? ¿Regla de cálculo? ¿Qué es eso?». Bueno, antes no había, ni siquiera, calculadoras, ni siquiera las que tienen los que venden dólares en la calle, ni esas existían. Entonces, ¿cómo se hacían los cálculos? Con una regla de cálculo. Las reglas de cálculo, para los que no la conocen, no son más que un aparatito así, de este tamañito, que tiene dos reglas fijas y una que corre. Pero ¿cómo hacía yo para enseñarles con eso a los alumnos? Bueno, pues, la universidad tenía una regla de cálculo que medía dos metros de largo y que la colgábamos en la pizarra, y ahí se les enseñaba el uso de la regla de cálculo.

Por cierto, los cambios fueron tan rápidos que cuando esos chicos terminaron la carrera ya no se usaba la regla de cálculo. Ya todos tenían calculadora. Pero nuestros profesores eran tan antiguos en algunos conceptos. El profesor de caminos, donde había que hacer topografía, y había que hacer muchísimos cálculos decía: «No pueden usar calculadora». Ya las calculadoras habían comenzado a entrar al mercado. Les estoy hablando del año 1976, por ahí. Las primeras llegaron. Prohibido usar calculadora. «Pero ¿por qué si es mucho más rápido? Es que cuando diseñen una carretera, van a estar en los cerros, y van a estar en una carpa y no van a tener corriente, ¿cómo la van a hacer funcionar? Pero hay pilas. Y, ¿si se les acaba las pilas? No».

Y, bueno, pues, tuvimos que aprender a usar la regla de cálculo.

En paralelo, otro de mis profesores que, seguramente, alguno de los ingenieros podrá reconocer el nombre del ingeniero Teodoro Harmsen Gómez de la Torre, que fue, pues, el profesor principal de concreto de toda la vida en la universidad. El más respetado de todos. Era un profesor que cuando entraba, todo el mundo se quedaba callado y en silencio.

Bueno, él me llamó para trabajar en la empresa que él gerenciaba, que era en Graña & Montero.

Entonces, me fui, pues, a Graña & Montero a trabajar. En esa época, Graña & Montero quedaba en la Avenida, en Las Begonias, en San Isidro, en el segundo y tercer piso de un edificio pequeñito. La oficina de Surquillo que todos conocen, todavía ni siquiera existía.

Y ahí era. Me dieron un tablero, me pusieron a hacer listas de barras. Pero no pasó mucho tiempo, cuatro meses o algo así, y otro que me conocía de la universidad también, me dijo: «No, no, no. ¿Qué haces ahí? Ven a trabajar con nosotros». Y me jaló a Cosapi. En esa época, Cosapi era la meca de los ingenieros. Todos querían trabajar en Cosapi, era la empresa más importante. Sin duda alguna, la número uno del Perú, que, además, tenía, internamente, muchos talleres, se daban clases, María Luisa estaba en Cosapi, había lo que llamaban «la Universidad de Cosapi». Y, entonces, nos daban todas las herramientas internas. Y ahí trabajé primero en presupuestos, casi un año, donde se aprende mucho, hasta que después me mandaron a una obra que era la Refinería de Zinc de Cajamarquilla. Les estoy hablando del año 1978. Me da, a veces, no sé qué de hablar del número del año. Fue en el año 1978.

Entonces, me fui a trabajar a la Refinería de Zinc de Cajarquilla como ingeniero asistente de costos.

Ahí hay una anécdota muy bonita con mi familia. Mi esposa, que está por ahí sentadita, también estudió ingeniería conmigo. Fuimos compañeros en la universidad, pero recién nos hicimos novios o enamorados después de que terminamos la carrera, no durante la carrera. Ahí éramos amigos nada más, pero después ya… Y por esas coincidencias de la vida, cuando Cosapi me manda a trabajar a la refinería de zinc de Cajamarquilla, ella es contratada por una empresa que era supervisora en la refinería de zinc de Cajamarquilla. Entonces, para decirlo en sencillo, ella supervisaba lo que yo hacía. Yo hacía los cálculos… Eso iba a decir, hasta ahora… Pero con el siguiente detalle: tenía que enviar a la supervisión los cálculos para las valorizaciones. Los metrados. Ahora, se hacen, pues, en computadoras, pero antes había que hacerlo a mano.

Yo, en la noche, iba a visitarla religiosamente, y antes me traía, pues, un sanguchito, un pastelito… Ahora no. Ahora sacaba los papeles que le había mandado. «Explícame, ¿cómo has hecho?». Y yo le explicaba, pues, con orgullo cómo había hecho todos los cálculos.

Al día siguiente me regresaba todo. Y lo peor de todo es que tenía razón. Ella, no yo. Bueno, ahí estuvimos dos años, ¿no? Sí, dos años.

Mis jefes sabían que ella era mi novia. Sus jefes se enteraron durante el trabajo, pero como veían que trabajábamos muy seriamente, en realidad, ni siquiera nos mirábamos en la obra, nunca le dijeron nada. Pero decidimos casarnos, y ahí sí se acabó el asunto. Cosapi me mandó a Huancayo y Lagesa la mandó a ella a otro sitio, y nos separaron.

Bueno, entonces, ahí cambié de obra. Me fui a Huancayo, al ser un hospital. Lo interesante de la experiencia ganada en el hospital para ya hablar del tipo de la experiencia, era el modelo de contrato que se tenía. Era llave en mano por administración controlada. Un contrato llave en mano por administración controlada, que tenía diseño, construcción y equipamiento. Pero todo era reembolsable. Todos los gastos eran reembolsables, hasta la planilla. Lo único que se calculaba como un extra era el *fee*, el honorario. Entonces, era un modelo de contrato sumamente interesante para construir hospitales.

Bien, como estábamos recién casados, y yo me fui a Huancayo, ella decide amorosamente renunciar a su trabajo e irse a Huancayo para vivir conmigo. Y da la coincidencia que el día que ella llega a Huancayo, llega también mi gerente a la obra. Y conversando con él me pregunta: «¿Y qué es de Ana María? Bueno, está en el hotel. Dile que venga». Ese día entró a trabajar a la obra. Ni un día estuvimos sin… Así, ni un solo día.

Bueno, y nos quedamos ahí dos años y nació nuestra hija mayor, que ahora ya tiene… va a cumplir 44 y es ingeniera civil de la Universidad Católica también.

Estando trabajando en Huancayo, vinimos a Lima para unas vacaciones de Navidad, y el que había sido su jefe la busca y le dice: «Te tengo un trabajo en Piura», al otro lado del Perú, y le dice: «Oye, pero Carlos está trabajando en Huancayo. No, para los dos». Y nos fuimos a Piura.

Se suponía que en Piura íbamos a estar dos años, el 1982 y el 1983. A ver, ¿qué pasó en el año 1983 en el norte del Perú? El fenómeno de El Niño, y nosotros estábamos trabajando allá, viviendo allá, y ahí viene la nueva experiencia, la nueva circunstancia. Sobrevivir a esa tragedia tan grande porque fue absolutamente catastrófico. No había ni para comer, no había gas, no había electricidad, se cortaba el agua, enfermedades. A mi pobre esposa le dio malaria. Le picaron bichos. Tuvimos que enviar a nuestra hija a Lima porque no podía vivir ahí. Y, entonces, de dos años que debimos estar nos quedamos casi cinco, porque las obras se destruyeron en gran parte, y hubo que reponerlas.

¿Cuál fue la experiencia sacada de esa tragedia? Muchísima porque era un contrato Fidic. Ahí fue mi primer contacto con los contratos Fidic, 1982, Libro Rojo, a pesar de que era una obra muy grande, pero con financiamiento del contratista. Ese fue el primer contrato que trabajé con financiamiento del contratista, y, además, pagado en tres monedas diferentes. Se pagaba en francos suizos, en dólares y en marcos alemanes, con fórmulas polinómicas. Y parte del proyecto, además, financiado por el Banco Mundial. O sea, con financiamiento externo.

Entonces, toda esta combinación, súmenle el fenómeno de El Niño que destruye las obras, la reparación que hay que hacer, las reclamaciones a las compañías aseguradoras, y volver a poner todo a funcionar.

La experiencia ahí, pues, sin duda, fue enorme, las circunstancias de esa catástrofe fueron así de grandes.

Y, entonces, nos quedamos hasta el año 1986 en Piura. Bueno, me quedé yo porque me faltó decir, que en el año 1986 ya teníamos tres hijos.

Y, entonces, Annie se tuvo que ir a Lima ya con los tres. Y, por esas circunstancias, sigue la palabrita presente, nos pasan la voz de que había una beca para ingenieros que trabajasen en recursos hidráulicos, como lo que en nosotros estábamos, en Yugoslavia. En esa época todavía era Yugoslavia, no como está partida en Serbia, Bosnia, Croacia, Eslovenia, etc., era un solo país, y era una beca buenísima. Nos pagaban, absolutamente, todo. Pasaje, alojamiento, estudios, *pocket-money*, carné de seguridad de servicio médico, transporte, paseos internos por el país visitando hidroeléctricas, represas, etc. Y tuvimos la fortuna de que nos becaron a los dos, así que nos fuimos los dos a Yugoslavia tres meses.

Y la experiencia ganada ahí fue interesantísima, porque convivíamos con gente, con muchachos de otros países, de Vietnam, de Corea, de Sri Lanka, de Cuba, de Ecuador, de la China, de Irán, de Irak, de Egipto, todos convivíamos en un hotel para estudiantes y esa interacción con gente de culturas y realidades totalmente diferentes que convivimos tres meses juntos fue, sin duda, una experiencia muy grande.

Todo esto, entonces, nos lleva a que las etapas que hemos vivido nos han enseñado a vivir en otra ciudad, a pasar temporadas largas lejos. En otros casos, a pasar temporadas largas separados,

porque cuando los chicos ya comenzaron a crecer, y tenían que ir al colegio, ya no me podía ir yo con toda la familia.

La última vez que nos fuimos todos creo que fue en Chira, Piura, y después ya yo tenía que trabajar, porque después de eso yo he trabajado en Arequipa, Jaén, en Chimbote, otra vez en Piura, creo que, prácticamente, en todo el Perú, pero ya no podía ir con la familia.

En esos tiempos sucede lo que también todos nosotros sabemos, las desgracias económicas de los años 1990 y, realmente, cada vez, el dinero nos servía para menos, y ahí fue la primera vez que incursioné en el sector público. Me nombraron director general de administración de una institución muy grande, que era el Instituto Nacional de Desarrollo, el Inade, que era el que controlaba todos los proyectos hidráulicos del Perú, y yo era el director general de administración de esa institución.

Pero con la situación económica, mi sueldo cada día era menos, y menos, y menos, y menos… no solo el mío, el de todo el mundo, y siempre aparece una circunstancia. Se nos presenta un ingeniero, el mismo que nos llevó a Piura, y nos dice: «¿Qué hacen acá? Vámonos a Arequipa. ¿A dónde? A la Pampa de Majes. Vámonos a Arequipa, pues». Me fui a Arequipa. Creo que estuve dos años por allá, viviendo en un campamento en la Pampa de Majes.

Experiencia para los fines de nuestra profesión. Era un contrato del famoso crédito italiano. El mismo del tren eléctrico. Había que construir una serie de obras hidráulicas, incluso, fabricar los tubos de fibra de vidrio en el mismo campamento. Se montó una fábrica para fabricar los tubos porque no había fábrica de tubos en ese entonces.

Y, bueno, esa fue la penúltima que estuve en una obra, y teniendo que vivir ahora sí separado de la familia, y los hijos seguían creciendo y Annie tenía que hacerse cargo de la familia ella sola. Pero, bueno, la vida de los ingenieros es así. Es muy difícil que uno pase toda su vida en su ciudad.

En el año 1995, ya hemos avanzado varios años, nos contratan para ir a una gerencia de proyecto en Sedapal. Un proyecto financiado por el Banco Mundial, por el BID, por el JICA de Japón, y que, por normas del convenio de préstamo, tenía que establecer un equipo dentro de Sedapal, una consultora en la cual nosotros éramos parte, para administrar cerca de 50 o 60 contratos que se tenían que hacer. Lo que ahora se llama PMO fue lo que nosotros hicimos en 1995 en Sedapal durante ocho años. Nos contrataron por un año y nos quedamos ocho, hasta el 2003.

Y también debo decir con orgullo que el Banco Mundial envió una felicitación a ese equipo porque el más importante y el más destacado de todos los que habían establecido. Ahí Lagesa, la empresa para la que yo trabajaba estaba asociada con la empresa italiana. Y después es que pasé a Nippon Koei.

En Nippon Koei también veíamos contratos de saneamiento y todos con contrato Fidic. Por eso yo soy fan del contrato Fidic.

Actualmente, estoy en DABs con el contrato NEC, pero debo reconocer que si me dan a escoger yo me quedo con Fidic, porque he trabajado, probablemente, entre ochenta o cien contratos Fidic en mi carrera.

Por esos días se da la Ley n.° 26850, la Ley de Contrataciones del Estado. En esa circunstancia es que lo conozco a Ricardo. Ayer hacíamos recuerdo. Cuando se da la Ley de Contrataciones del Estado, que revolucionó, pues, porque unificó bienes, servicios, obras y creó el arbitraje y una serie de cosas, vino una misión que creo que fue el Banco Mundial que quería vendernos un proyecto de expertos para hacer capacitación y no sé qué. Entonces, se formaron unos *task forces*, un grupito por acá, otro grupito por acá. Yo iba en representación del Colegio de Ingenieros porque había empezado a tener mucha actividad en gremial, y me acuerdo de que nos pusieron en un grupo en que estaba Ricardo, estaba yo y creo que dos o tres personas más.

¿Cuál fue el resultado final? Resultó siendo, pues, el primer presidente de Consucode y no necesitaron a los del Banco Mundial. Y como yo ya estaba metido en el Colegio de Ingenieros, en el área de peritaje, arbitraje me llamó y me dijo: «Necesitamos formar la lista de árbitros. Sugiéreme personas», porque yo estaba trabajando eso en el Colegio de Ingenieros. Entonces, nuestras vidas se han ido así entrelazando.

Pero, lo más importante de esa época es que a mí me interesó aprender meterme a fondo en la ley. Yo había trabajado muchos años con el famoso Rulcop, que provenía del año 1977, que era el reglamento que usábamos en esa época.

Me comenzaron a llamar de instituciones para dar clases. Y daba clases, por un lado, daba clases por el otro.

Después Consucode hizo un proyecto de capacitación. También me contrataron allí y nos mandaron a nivel nacional por todo el Perú.

Se hizo un manual de obras, el único manual que hizo el Consucode. El capítulo de obras me lo dieron a mí, y después de eso, ya me llamó la Universidad de Lima. He dictado clases en la Universidad de Lima más de diez años, en la Católica, en ESAN, en la Universidad Continental, la UPC, en la San Ignacio de Loyola.

Siempre digo, cuando hay un evento como estos, que reconozco que por lo menos el 80 % ha sido alumno mío de una u otra forma. Espero que todos hayan aprendido, y los que no, entonces, no digan que fueron mis alumnos.

Y también me interesó mucho el tema del arbitraje. Yo fui árbitro desde 1999. Mi primer arbitraje fue en la Universidad Católica que, dicho sea de paso, fue el primer arbitraje que tuvo la Universidad Católica.

Como después, en las JRD, yo he sido miembro en las JRD, de la primera JRD que tuvo la Universidad Católica. Por alguna razón he estado siempre primero en alguna cosa. Espero que esto haya servido después.

Y también por esos días comencé a trabajar mucho en peritajes. Me gustaba mucho hacer pericias. Hacía mis informes. Yo tenía, digamos, la habilidad de explicar con mucha facilidad, con un lenguaje que pudieran entender los árbitros, aspectos técnicos, tal vez, muy complicados sobre humedad óptima, fórmulas polinómicas, muchas cosas sobre las cuales ellos tenían que decidir y que no tenían idea de qué cosa era, y yo se las podía explicar con mucha sencillez y con mucha facilidad.

Entonces, me dediqué a hacer peritajes y cada vez hacía más hasta que llegó un momento en que hacía más peritajes que mi trabajo en Nippon Koein. Entonces, renuncié a Nippon Koein.

Por esos días, me pidieron que hiciera una cosa bastante grande para la cual no tenía suficiente tiempo, y a mi hermano, que está ahí sentado, que vivía 25 años en Chile le dije: «Oye, ¿qué haces en Chile? Ven para acá. Acá hay trabajo». Vino y se quedó.

Entonces, me dijo: «Mejor ¿por qué no hacemos una empresa?». En vez de hacer pericias como individuales, y a veces, no nos daba el tiempo, entonces, tenía que rechazarla, «hagamos una empresa», y constituimos, hace nueve años, LLV Consultores, que creo, sin temor a equivocarme, fue la primera para fines de peritajes que se estableció en Perú.

Y debo decir con orgullo que cinco años consecutivos hemos salido como excelentes en las publicaciones de *Leaders' League*, que muchos de ustedes, seguramente, conocerán.

Pero hace dos años o tres —yo voy cambiando siempre— decidí que ya no quería hacer peritajes ni arbitrajes, porque habían surgido las DABs y las JRD. Y aquí tengo que decirles algo que mucha gente no conoce, y no tiene por qué, pero en el año 2005 yo vi una publicación de la ICC y Fidic que iban a dictar un taller de una semana en París sobre APP, así que me pagué mi pasaje y me fui a París, y seguí el curso con las eminencias máximas en ese momento en DABs en el mundo. ICC y Fidic estaban haciendo un reglamento. Y traje toda la información y lo publiqué en la *Revista del Colegio de Ingenieros*, en octubre del 2005.

Claro, después, tuvieron que pasar trece años hasta que otros se dieran cuenta de que eso existía, y ya salió la 30225, ¿no?

No quiero con esto decir que yo lo traje al Perú, simplemente, les cuento que en el 2005 yo ya lo conocía y lo publiqué. Anoche releí el artículo y es exactamente igual a como es ahora. Lo publicaría hoy día y seguiría absolutamente vigente el artículo.

Pero, como les digo, después me cansé de hacer pericias y de hacer arbitrajes, y con León nos dijimos: «Bueno, tú te quedas con las pericias y yo me voy a hacer los DABs y las JRD, porque, además, cuantas más DABs hay, menos arbitrajes va a haber, y si va a haber menos arbitrajes, pues van a haber menos pericias también. Y así estoy donde estoy.

Y en la Universidad Católica, desde hace varios años dicto el curso de las JRD que, seguramente, muchos de ustedes han asistido. Algunos hasta lo han repetido.

Bien, eso, digamos, desde el punto de vista de mi experiencia profesional, pero quería terminar diciendo algunas cosas ya sobre mí mismo como persona.

Bueno, ya saben, por lo que les he contado, que tengo una esposa, que tengo tres hijos. Son dos hijas y un hijo, el hijo es el intermedio. Las dos hijas son ingenieras, y las dos son de la Universidad Católica. La mayor vive en Estados Unidos, tiene tres hijos, así que tengo tres nietos por allá. La menor vive acá, tiene dos hijos; tengo dos nietos por acá. Solo que el nieto mayor que tiene 19 años, ahora se ha ido a vivir a Canadá, a estudiar por allá. Así que ahora tengo que, obligatoriamente, ir dos veces al año a Canadá a visitarlo.

Bueno, quería decirles, simplemente, algunos datos. Puede ser que les interese, puede ser que no les interese, pero no quería dejar de decirlo.

¿Qué es lo que me gusta hacer? Lo primero que me gusta hacer es viajar. Con mi esposa hemos decidido viajar bastante y estamos tratando de hacerlo. Y hemos ido a sitios, digamos, peculiares. Nuestro último viaje fue un crucero a Antártida. Tomamos un barco y nos fuimos a la Antártida dos semanas. Con frío, viendo glaciares, viendo focas, viendo ballenas.

Nos fuimos a Costa Rica e hicimos *canopy*. Eso que te cuelgas en un cable y te tiras.

Nos fuimos a las islas Galápagos y hemos buceado en cavernas con tiburones que estaban ahí durmiendo en el fondo de la caverna.

Nos fuimos a las cataratas de Iguazú y nos dijeron que el Niágara es una acequia al lado de estas cataratas: «Por si acaso, como hoy día hay luna llena, se puede repetir el mismo recorrido solo con la luz de la luna». Y eso implica caminar por unas pasarelas varios kilómetros hasta llegar a las cataratas. Y hacer eso a la luz de la luna, no se lo pierdan nunca, si es que lo pueden hacer.

Y, en otra ocasión, fuimos con nuestro nieto, que todavía era chiquito, a Cañete. Nos alojamos en un hotel, y, de repente, el dueño del hotel nos dice: «¿No quieren hacer canotaje de noche? ¿Canotaje de noche? Sí, esta noche hay canotaje». Vamos, pues. Nos metimos a hacer canotaje de noche.

¿Qué más nos tocará hacer? No sé, pero algo pasará.

Y lo último que les quería decir. ¿Qué considero yo en el futuro que va a ser mi mayor felicidad? Y es no tener que decir nunca «tengo que» o «hay que», simplemente, lo que toque.

Eso es todo, muchas gracias.

CONFERENCIA MAGISTRAL DEL DR. MARIO CASTILLO FREYRE

EL TIEMPO COMO FACTOR DE IMPORTANCIA EN MATERIA DEL DEBER DE REVELACIÓN

Mario Castillo Freyre: Muy buenas noches, queridos amigos.

Es un gusto para mí poderlos saludar, lamentablemente, a la distancia y no poder estar con ustedes de manera presencial en el Cusco, pero, como le decía a Karina, unas cuestiones de orden profesional, a veces, hacen que no pueda acompañarlos allá como siempre es mi deseo, todos los años que he asistido al magnífico congreso de arbitraje y de otros medios de solución de controversias que organiza todos los años por estas épocas, Karina Zambrano y la asociación que lleva su apellido.

Debemos partir por señalar los diversos reglamentos de los centros de arbitraje al igual que en materia de contrataciones del Estado, también las normas establecen distintos plazos hasta donde debe extenderse el deber de revelación de los árbitros cuando estos acepten el cargo de árbitro, y cuando y también a lo largo del proceso mismo.

Pero el factor más importante, o sea, no está en discusión que los árbitros tienen que ampliar su declaración cumpliendo con este deber de revelación a lo largo del proceso. Yo me voy a referir concretamente al momento de la aceptación.

Entonces, yo lo que observo es que existe una marcada tendencia en el medio arbitral a basarse en estos plazos establecidos en los distintos reglamentos o en las normas reglamentarias de los centros de arbitraje, incluso, para el propio arbitraje estatal, para el arbitraje comercial, etc. Hasta donde debe extenderse ese deber de revelación.

Entonces, eso significa que si la norma establece cinco años, si la norma establece cuatro o si la norma establece tres, pues, entonces, el árbitro tiene que ceñirse a lo señalado ahí y, por lo tanto, si son cinco, no declararé nada más allá de los cinco; si son cuatro, no declararé después de los cuatro, y, si son tres, no declararé después de los tres.

Yo he reflexionado mucho sobre esto y, en verdad, he llegado a la conclusión de que no debería existir una temporalidad en ninguna norma reglamentaria con respecto al deber de revelación. En otras palabras, el deber de revelación debería extenderse de manera absolutamente indefinida y explico por qué.

¿Cuáles serían las razones por las cuales uno podría sostener un determinado plazo para este deber de revelación?

Creo que la única razón que podría sostener esto es aquélla por la cual implícitamente se considere que todo aquel acontecimiento que haya ocurrido más allá del plazo de cinco, cuatro o tres años que establezca el reglamento es un acontecimiento de carácter poco relevante o de poca trascendencia; y, por lo tanto, el árbitro no tendrá el deber de revelar.

Pues si es que esa es la explicación para establecer estos plazos, esa explicación es una explicación sin fundamento.

Si la explicación es que el árbitro o que no se puede pensar que el árbitro tenga un archivo en el cual guarde la documentación o la información relativa a situaciones que se extiendan más allá de cinco, cuatro, tres años, pues ese argumento cae por su propio peso como voy a pasar a explicar.

Voy a empezar por el primero.

Yo no tengo duda de que habrá algunos eventos que haya ocurrido más allá de los cinco años, cuatro o tres. Voy a hablar de cinco para no repetir estas cifras.

Algún evento que haya ocurrido más allá de los cinco años que tenga absoluta irrelevancia. Podría ser, pues, que el árbitro, la persona designada como árbitro haya sido designado como presidente en un tribunal arbitral en donde una de las partes fue uno de los litigantes, quien lo designe o quien no lo designe, y que haya sido un arbitraje pacífico, sin recusaciones, etc., y no haya habido problema alguno.

Sí, tal vez, un elemento de esa naturaleza podría discutirse si es de mucha relevancia o no es de alguna relevancia, pero hay otros eventos en donde acontecimientos ocurridos después o, digamos, en plazo anterior o posterior a esos cinco años, o sea, antes de esos cinco años pueden tener relevancia, y mucha.

Por ejemplo, si el árbitro designado fue parte del estudio de abogados que defiende actualmente a la parte que lo designa, o sea, esta persona formó parte del estudio de abogados que asesora a la parte que lo designa hasta hace cinco años y medio. Y como el reglamento dice cinco, entonces, dice: «No, yo no declaro porque no tengo el deber de declarar». Entonces, omito esa información. «He trabajado quince años en el estudio de abogados. He trabajado desde practicante, fui asistente, y fui asociado en varias categorías, hasta me convertí en socio, pero como me retiré hace cinco años y medio que dejé el estudio, dejé de formar parte del estudio, entonces yo ya no tengo que revelar algo con relación a ese estudio de abogados.

Bueno, como es obvio, esa situación tiene que revelarse y no puede esgrimirse el argumento de que este se trata de un evento más antiguo a esos cinco años como para no revelarlo. Dado que la importancia del evento es tal, que resulta indispensable su revelación a efectos de que sea conocido por las partes, especialmente, por la parte que no lo designa.

Y acá hay que hacer una mención importante, no solo por la parte que no lo designa, sino también es importante que lo sepa la parte que lo designa, porque el hecho de que un evento sea conocido por un árbitro no significa que sea conocido por la parte que lo designa, porque la parte que lo designa, ante una situación de esa naturaleza, tal vez hubiera preferido designar a una persona que no tuviera vinculación con el estudio de abogados que ahora la defiende y, en ese sentido, curarse en salud a efectos de evitar posteriores cuestionamientos de la presencia del árbitro en el tribunal o incluso con relación a la validez del laudo arbitral.

Entonces, esa información no es baladí, no es poca cosa, no es una información sin trascendencia alguna; es una información que tiene que ser revelada por lo importante que resulta, como también podría ser importante algún evento relativo a la cercanía o falta de cercanía con alguno de los abogados defensores como miembros del tribunal arbitral. Qué sé yo, algún proceso en el cual los abogados, el árbitro, en su condición de abogado defensor de otro proceso, se haya enfrentado a uno de los abogados de la defensa. No porque eso constituya causal de recusación, sino que es importante tener en el mapa todas las cosas que han ocurrido para saber, precisamente, cuáles o cuál puede ser el temperamento de determinada personal en el tribunal. Al fin y al cabo, todas las personas que conforman el tribunal son seres humanos. Eso es obvio, entonces, es bueno saber eso.

Yo ponía, en alguna oportunidad, el ejemplo en el cual el árbitro designado por una determinada empresa pública haya sido gerente legal de esa empresa pública hasta hace seis años. Y muchos de los que son ahora parte del departamento legal fueron sus pupilos, desde practicantes, etc. Entonces, ¿es

o no es relevante que esa persona declare su situación pretérita en esa empresa pública, por más de que tenga más de cinco años de antigüedad el hecho del que estamos hablando?

Creo que la distinción entre aquello importante o no importante de revelar no necesariamente está marcada por el número de años que haya transcurrido entre el hecho del que estamos hablando y la fecha de aceptación del cargo de árbitro.

Para mí eso es absolutamente irrelevante. Dicen que el tiempo se encarga de curar heridas, pero acá no estamos en un tema de naturaleza sentimental o amorosa. Acá estamos, simplemente, ante un tema de transparencia. Y esto yo lo ligo de manera, absolutamente, digamos, indisoluble con el segundo elemento al que hice referencia en la parte introductoria de estas palabras.

Yo me refería a que no se puede obligar al árbitro a mantener información de tiempos muy antiguos porque eso sería exigirle un nivel de diligencia mucho más allá de aquel que racionalmente se le debe exigir a un árbitro o a una persona cualquiera en el ejercicio de la función de árbitro.

Bueno, eso no tiene ningún sentido. Yo entiendo que una situación de esta naturaleza podría esgrimirse cuando no existían las computadoras o los procesadores de textos, donde uno puede almacenar información desde que empieza a ser árbitro para que cuando es designado en un nuevo proceso pueda, precisamente, buscar todos los elementos comunes que existan entre el nuevo proceso o para el cual es designado como árbitro, y los procesos anteriores en los cuales haya participado, sea como árbitro o como abogado, como representante o en cualquier otra condición.

Entonces, en tiempos modernos y ya no tan modernos, o sea, el almacenar esa información es muy fácil, es decir, solo si uno no almacena diligentemente la información podrá escaparse parte de esa información y no ser declarada en un nuevo nombramiento como árbitro.

De tal manera que si nosotros nos fijamos, cualquiera de los dos elementos que pueden sostener la conveniencia de un plazo, a efectos de la declaración, son elementos bastante deleznables.

En ese sentido, yo siempre he aplicado la tesis contraria, es decir, creo que en estos casos de revelación de información más vale pecar por exceso que por defecto, más vale que cuando lean tu declaración digan: «está declarando cosas de hace veinticinco años». Y digan: «no es necesario que las hubiera dicho o esta cosa no es de tanta importancia, pero la ha dicho» a que, precisamente, se diga «de repente, está ocultando algo».

¿Y por qué digo esto? Porque, precisamente, si la información se va a ceñir a los cinco años, cuatro o tres, establezca el reglamento respectivo, eso, seguramente, va a conllevar a que alguna de las partes, movida por la sana curiosidad y en legítima defensa de sus intereses, pueda, precisamente, pedir ampliación o ampliaciones de revelación del árbitro, lo que, muchas veces, hace el tema complicado o porque sin esa ampliación de revelación revela algo que no ha revelado, y eso, a juicio de la parte, tiene o tenía alguna importancia, pues vendrá la recusación del árbitro.

Yo siempre lo he dicho, y lo he puesto en blanco y negro por escrito en mis artículos y en mis libros, que no hay situación más desagradable para uno como árbitro que ser recusado. Pero, también para uno como abogado porque uno como abogado tiene el deber de lealtad con el cliente y si, realmente, corresponde recusar a un árbitro, por alguna circunstancia como aquellas de las que venimos hablando, pues hay que hacerlo.

Entonces, creo que no estableciendo para uno mismo como árbitro ese límite temporal no interiorizando que los límites de los reglamentos son aquellos que uno tiene que aplicar, sino la absoluta extensión de la información en el tiempo, creo que con eso el tema sería mucho más transparente, y mucho más viable la aceptación en el cargo de árbitro, y también muchos menos momentos desagradables al no revelar información que pueda tener relevancia.

Muchas gracias, queridos amigos y un saludo a la distancia.

Un abrazo para todos y muy buenas noches.

Día 2 / 5 de abril de 2024

Panel IX. ¿Arbitrariedad en la designación de DABs, JRDS y arbitraje?

Valeria Leveratto [1] (moderadora)
Luis Hernández [2]
Mónica Gonzales del Valle [3]
Katherine Quiroz [4]

---

1 Abogada, árbitra, adjudicadora y consultora. Con más de veinte años de experiencia especializada en los campos del Derecho de la construcción, contratación pública, regulación de servicios públicos, arbitraje, y solución de disputas. Con posgrados en Junta de Resolución de Disputas en el sector construcción, arbitraje en contrataciones con el Estado, en Derecho de las inversiones, arbitraje internacional de inversión, concesiones, inversión, inversiones, contratación pública. Es miembro de la Dispute Board Resolution Foundation y de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje, de Arbitral Women, así como socia del Club Español e Iberoamericano de Arbitraje. Ha dictado los cursos especializados en arbitraje y contrataciones con el Estado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, el curso Formación de Adjudicadores con Habilidades Blandas de la Asociación Zambrano, y el curso Actuaciones Arbitrales II del Programa de Arbitraje. Asimismo, JRD de la Universidad Continental.

2 Ingeniero por la Universidad Nacional de Ingeniería. Árbitro, adjudicador de JRD y DAB y perito en resolución de controversias, Tiene más de 37 años de experiencia en la gestión de contratos en los sectores público y privado, en consultoría, supervisión y ejecución de obras en el ámbito de la normatividad nacional, contratos Fidic y NEC.

3 Ingeniera civil colegiada, con una maestría en *proyect management*. Con más de 30 años de experiencia en gestión integral de proyectos de gestión, planeamiento, saneamiento, diseño, ejecución, supervisión y manejo de proyectos de gran envergadura. Docente de pregrado en la UPC y de posgrado en la Universidad Tecnológica del Perú, UPC y Sencico.

4 Máster en Gestión Pública Avanzada por la Universidad de Barcelona, con experiencia en gestión de contratos estándar internacional. Gerente del Contratos del Consorcio AICC Supervisión.

Valeria Leveratto: Buenos días.

El panel que vamos a desarrollar va a tratar sobre un tema que no siempre es fácil: la arbitrariedad en la designación de los miembros que componen las Juntas de Resolución de Disputas o los DABs.

Estos paneles fueron incorporados, como dijo ayer nuestro amigo Leonardo, en los contratos Fidic, contratos estandarizados de obra, que fueron contratos que implementaron en un momento un panel de expertos para, mientras la obra estaba en curso, ir solucionando temas. Claro, en algún momento se les quitó un poco de fuerza a la figura del ingeniero, pero fue avanzando, como el tiempo pasa y los mecanismos van implementándose, fueron formulándose situaciones, y fueron dando muy buenos resultados a nivel global, y esa situación fue recogida por la regulación peruana, no de manera total, pero de manera, vamos a decir, peculiar, propia, a través de las JRD reguladas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones, pero luego de unos cuantos años ya tenemos bastante que comentar. Tenemos, tanto, contratos que han sido firmados a través de Reconstrucción con Cambios. Hemos tenido contratos Fidic […]

Luis Hernández: […] los paneles, por ejemplo, en contratos NEC del RCC o también que las partes se ponen de acuerdo en el nombramiento de los adjudicadores, y también las partes se ponen de acuerdo en el nombramiento del presidente.

A diferencia de algunos contratos Fidic, como, por ejemplo, el del Programa Subsectorial de Irrigaciones en que las partes se ponen de acuerdo también en el nombramiento de los adjudicadores y estos son los que nombran al presidente. En caso de que hubiera o que no se pudiera nombrar, acuden a un centro.

Y en el caso de la JRD, en el numeral 73 de la directiva, también tiene un procedimiento similar en el sentido de que las partes se deben poner de acuerdo en el nombramiento de los miembros, y estos designan al presidente. Si en veinte días existen algunos problemas en estos nombramientos, residualmente actúan los centros.

De ahí, entonces, estamos empezando a mirar quiénes integran. Son adjudicadores, la participación es de los centros.

Entonces, desde mi punto de vista, los principales desafíos en el nombramiento parten de, en primer lugar, de una falta de supervisión del OSCE en los centros. Ese es uno de los motivos principales. El otro es falta de un programa efectivo de cumplimiento, es decir, de *compliance* de las empresas que mitigue el tema de la corrupción en el caso de intentar nombrar a adjudicadores que sean afines hacia las empresas, ¿no?

Otro punto importante que se tiene que dilucidar en este tema es el relacionado a la integridad de los adjudicadores, y también la competencia técnica.

Esos cuatro puntos los vamos a ir desarrollando a lo largo de la exposición.

Gracias.

Valeria Leveratto: Gracias, Luis.

La misma pregunta, Mónica, por favor, principales desafíos y problemas que has encontrado a lo largo de tu carrera.

Mónica Gonzales del Valle: Gracias, Valeria.

Desde mi perspectiva, veo que los procesos se están realizando según lo indicado, pero hay que tener en cuenta, como ya nos dijo Luis, todos los procesos indicados, ya nos lo mencionó, nos indicó cómo es, cómo se presentan a los miembros y lo que nosotros debemos, tener en cuenta y considerar, pienso, que presentar un problema o que pueden ser algún conflicto que se pueda generar, es la transparencia y la equidad.

Hay que ser consecuentes en este punto. Es importante que todas las partes tengan el acceso adecuado para que esta transparencia y equidad surja, y esto sea tan transparente, en el cual no haya ningún problema.

El otro punto que también yo considero es la competencia y la experiencia. Los conocimientos adecuados y la experiencia ayudan mucho a que estos procesos puedan ser claros y precisos, es decir, saber elegir quién es el idóneo para este punto. No como, a veces, sucede, pues, por compañerismo o por, simplemente, los contratan.

El otro punto que yo considero importante y que sí se debe manejar, y que hemos venido hablando en estas conferencias, son los conflictos de interés. Los famosos conflictos de interés que, a veces, no los dicen, que, a veces, lo manifiestan, queda muy somero, algo muy pequeño, y, entonces no lo indican precisamente, y eso es crucial porque garantizará que la designación del miembro no tenga conflictos y puedan mejorar la independencia de esas decisiones.

Y lo otro es la disponibilidad y la capacidad que puedan tener. Es importante que cada una de todas las personas que son asignadas sean responsables en sus aceptaciones. Tener el tiempo, tener los recursos necesarios, asegurar su disponibilidad y capacidad para desarrollarlo.

Katherine Quiroz: Buenos días con todos.

Mi punto de vista está basado, desde mi experiencia como gestora contractual, igual debo comentarles que he trabajado largos años para el Estado peruano, tanto en la Sunarp, en Indecopi, en el OSCE, que lo considero una casa, PromPerú, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Y, asimismo, he trabajado también para el contratista, con empresas de Singapur, empresas italianas, y en un proyecto internacional que se ha ejecutado en la ciudad de Dubai, y, posteriormente, con empresas chinas, con empresas coreanas, con mexicanos y chileno-peruanos, y, posteriormente, con franceses también. Y, en la actualidad tengo una empresa de un equipo español.

Dentro de estos proyectos en los cuales he podido trabajar con todas estas empresas he podido gestionar contratos Fidic y NEC, contratos estándar internacionales, en los cuales se vienen utilizando los *dispute boards* para la resolución de controversias.

Desde mi perspectiva, el reglamento del DAB debe considerar el tipo de proyecto, la complejidad del proyecto y el tipo de contrato.

El tipo de contrato pequeño, grande, puede considerar un solo *board*; proyectos grandes pueden considerar tres *boards*, por ejemplo, o más, no está limitado, pero, en la práctica, se está limitando a tres *boards*.

En el Pabellón de Perú, por ejemplo, se incluyó un *board*. En el Proyecto de Diseño y Construcción del Metropolitano se han designado tres *boards*. Me encantaría saber en el Megaproyecto de Chancay cuántos DABs se han nombrado. Sé que se han nombrado DABs, pero, por confidencialidad, al ser entre privados, no he tenido todavía oportunidad de saber cuántos DABs se han designado.

La complejidad del proyecto, por ejemplo, es algo que también se debe considerar. Si es un puerto, si es un aeropuerto, si es un hospital. Debe incluirse expertos en estos tipos de proyecto, lo

que ayuda en la facilidad de su comprensión y entendimiento. Todos sabemos que, por ejemplo, los hospitales necesitan equipamiento especializado, tienen un tiempo de procura, y bueno.

El tipo de contrato. Los expertos también deben conocer el tipo de contrato. Si es un FIDIC o un NEC debe incluirse expertos que hayan gestionado este tipo de contratos o ejercido como *boards* en este tipo de contratos.

De esta manera será muy sencillo comprender la dimensión de las controversias entre las partes e ir dejando lecciones aprendidas sobre lo que pueden o no pueden hacer las partes, en el marco del contrato.

Finalmente, estos tres tipos de recomendaciones que yo considero que se deben de incluir para la designación de los DABs no están siendo tomadas en cuenta. Pero, bueno, eso es cada vez menos. Eso es un problema, pero es un problema que cada vez menos se está presentando.

Una oportunidad de mejora en la designación de los *boards* considero que es el plazo de la discusión. Es restarle el plazo de discusión que las partes están tomando para designar a los *boards*, yo considero que los deben designar en una etapa temprana. En mi opinión, deberían estar incluidos desde el inicio del proyecto.

Gracias.

Valeria Leveratto: Gracias.

Ahora, mi comentario va con respecto a las JRD y la problemática que pude apreciar, siendo parte de una empresa pública que administraba contratos, tanto con Ley de Contrataciones o con algún tipo de financiamiento, pude verificar que si bien es cierto, la inclusión del mecanismo del panel de solución de controversias era maravilloso, y, definitivamente, marcaba un hito diferencial en comparación de los otros proyectos que podrían ser, incluso, casi gemelos, casi exactos en ubicación geográfica, en situación de condición de prestación del objeto del contrato, del alcance del contrato, de ubicación de casi situaciones exactas, el contrato que tenía pactado la JRD llegaba, incluso, con situaciones, a veces, sociales, políticas; llegaba a terminarse, llegaba a cumplir el objetivo del contrato.

El contrato que por cuestiones de temporalidad, de aplicación normativa, porque también se hicieron las consultas, tanto a OSCE como a Contraloría, si es que se podía implementar la inclusión de la figura de la JRD, y la respuesta fue un no rotundo, no porque por tiempo no aplica esa norma, no, no, no… Entonces, situaciones que eran casi gemelas, terminaron en resultados abismalmente diferentes. Entonces, eso nos daba un resultado de «sigamos utilizando la figura de la JRD».

¿Cuál era la situación de desventaja? Los contratos tenían una cláusula de solución de controversias pactadas con un determinado centro, y estos centros, aunque de alta calidad y con muy buenas nóminas, eran nóminas muy cortas. Entonces, me veía en la situación en la que tenía que firmar quince, veinte, treinta contratos porque era el plan de avance de saneamiento. Y tenían listas de quince o dieciséis o dieciocho adjudicadores que ya formaban parte de estos paneles previamente, pero que también estas personas tenían compromisos profesionales en otros lugares. Tenían compromisos públicos, tenían compromisos privados, tenían compromisos con Proniec, con Provías o con otras entidades. Entonces, no tenían o la disposición o el tiempo suficiente, o, de repente tenían algún conflicto de interés.

Entonces, la desventaja que yo encontraba en ese momento, con mi experiencia, es que las listas o las nóminas que manejan los centros, sobre todo los centros de más alto prestigio a nivel nacional no pueden ser cortas, tienen que ser bastante amplias, obviamente, con profesionales de sólida reputación, de altísimas credenciales, de magnifica experiencia y de formación continua, pero tomemos en cuenta que hay más de dos mil entidades en el Estado peruano, ocho mil contratos de obra, además de los contratos privados. Veamos lo que tiene ANIN en proyección, veamos los contratos privados.

Entonces, la situación no puede quedar en un grupo reducido de profesionales porque nos vamos a quedar sin adjudicadores que puedan ejercer una labor oportuna, responsable y eficiente en este tipo de mecanismos que es más que útil en la solución de conflictos y la prevención de conflictos de manera oportuna en los contratos.

Entonces, ahora vamos a la ronda de la siguiente pregunta.

Luis, con tu amplia experiencia, cuéntanos con respecto a la gestión de contratos, ¿qué estrategia sugieres para mejorar la integridad y la competencia técnica en el proceso de selección, tanto JRD como DABs?

Luis Hernández: Muchas gracias.

Ya lo habíamos indicado al final de mi exposición previa, que es importante que se establezca, que se norme o que se implemente la supervisión del OSCE a los centros y el programa interno de cumplimiento a las empresas para el nombramiento de adjudicadores, que se norme también, respecto a la integridad de ellos y su competencia técnica. Están en la norma, pero no está bien especificado.

De estos cuatro puntos vamos a desarrollar tres, y luego, el último lo pasaremos en otra pregunta.

Con respecto a la supervisión efectiva del OSCE a los centros, en el caso de las JRD —porque en el caso de la DAB no hay nada normado—, vemos que en el artículo 244 del reglamento dice que los centros de administración de JRD deben tener experiencia en administración de arbitrajes, plantel de profesionales que brinde soporte e infraestructura mínima indispensable.

Luego, en el artículo 246, en el numeral 246.2, con respecto al procedimiento de la JRD, indica que el orden de prelación se debe considerar la Ley de Contrataciones y su reglamento, la directiva del OSCE, el contrato tripartito, las disposiciones propias de la JRD y las directivas y reglamentos del centro.

Si no hay supervisión de las directivas y reglamentos del centro, entonces, no se va a conllevar a tener una mejor participación o desenlace de estos paneles.

En la Directiva n.° 012-2019, en el numeral 7.1, requisitos del centro, se solicita cuatro años de experiencia como institución arbitral. ¿Es suficiente eso? No me refiero a la cantidad de años. Puede haber una institución que tenga ocho años y haya desarrollado dos años de arbitrajes. Entonces, eso es fundamental.

Luego, pide un Código de Ética que incluya supuestos de infracción relacionado al artículo 254, con respecto a los árbitros, un registro de adjudicadores nacionales e internacionales con experiencia en su página web. Que sea una persona jurídica sin fines de lucro; sin embargo, en el listado del propio OSCE creo que he visto a dos empresas S. R. L., una empresa S. Al Cl y la verdad que no sé si será sin lucro.

Un plantel de profesionales que brinde soporte, pero esto, en general, qué significa, cuántos profesionales, qué características ellos, o sea, bastará uno o dos.

Una infraestructura mínima. Dice que debe haber una sala de audiencias, una oficina para los profesionales, un ambiente para atención al público, etc. ¿Qué características? Una casa reducida pudiera tranquilamente cumplir todos esos requisitos.

Luego, está la difusión de las resoluciones de las recusaciones, las decisiones y las resoluciones que imponen sanciones por infracción al Código de Ética.

Esto se tiene que publicar en el portal web del OSCE, y esto demora o la información no es amigable. Entonces, ¿por qué no se permite a los centros que publiquen estos temas?

Creo que ahí el OSCE tiene un papel fundamental que no lo está haciendo, por el momento. Me parece que por, no sé, una decisión y falta de presupuesto porque se requiere fiscalizar, todos estos temas requieren una fiscalización permanente.

Muy bien, un segundo tema es el programa efectivo interno de cumplimiento. Entonces, la Ley n.° 30424, modificada por el Decreto Legislativo n.° 1352, y el Decreto Supremo n.° 03-2019, que versa sobre la regulación de la responsabilidad administrativa de las empresas jurídicas y establecen que ellas estarán exentas de responsabilidad, en la medida que establezcan directivas, procedimientos internos con respecto a posibles delitos, como cohecho, tráfico de influencias y otros.

Entonces, existe una legislación que hace que las empresas tengan estas normas internas que permitan mitigar la corrupción.

Entonces, si los contratos de obra son de gran magnitud en muchos casos, cómo es que no se puede exigir a las empresas que cumplan con ello. O sea, esto me parece que va a ayudar a la cuestión del nombramiento porque va a haber un reglamento interno que diga que no se puede estar nombrando recurrentemente un mismo adjudicador, y, en fin, una serie de normativas en cuanto a su experiencia, etc. Entonces, es fundamental que también, desde el sector privado, se conjugue esta idea.

Entonces, las empresas, sobre todo, pequeñas y medianas, tienen que comprender que la reputación e imagen deben ser el activo más importante. Eso le va a permitir crecer. Entonces, el *compliance* viene a ser una herramienta que controla, supervisa y previene que los integrantes de la organización no cometan delitos. Entonces, cualquier conducta contraria a esta normativa interna evita las responsabilidades de los directivos y la propia empresa.

Entonces, la función de mitigar esta corrupción debe ser separada de las áreas legales y de auditoría de las propias empresas.

Entonces, en este contexto, la implementación de la normativa del programa efectivo interno de cumplimiento y/o Código de Ética será muy importante para mitigar el riesgo de corrupción en el nombramiento de adjudicadores.

Con respecto a la integridad de ellos, lo vamos a señalar más adelantes.

Y con respecto a un punto también interesante, que es la competencia técnica, para ello vamos a ver qué nos dice la directiva en el caso de la JRD, en el numeral 79, relacionado a las visitas de obra y reuniones. En la Directiva n.° 012-2019 se establece que el panel debe analizar con las partes la ejecución del contrato, así como identificar los puntos de cualquier probable o posible desacuerdo, con el ánimo de prevenir las controversias.

Y en esa línea, en mi opinión, la actuación del panel de JRD o DAB es, fundamentalmente, preventiva. Ese carácter me parece que es primoldial, más allá del decisorio que también se requiere de competencias y habilidades.

Y en el numeral 7.10 nos indica que la JRD debe presentar planes y acciones propuestas para evitar conflictos o discrepancias, es decir, en mi opinión se debe alentar a las partes para prevenir estas controversias a través de una matriz de riesgos.

Eso está también en el reglamento de la norma de contrataciones, pero está un poco difuso, no está tan claro, solamente se indica que el supervisor es el que debe liderar, que se debe anotar semanalmente, pero no dice de qué manera.

Entonces, para eso ya se ha difundido la matriz de riesgos que las partes deben llevar. No es que la JRD le presente a las partes una plantilla, etc., etc. Debe alentarlas a que realicen esta matriz de seguimiento de riesgos.

Entonces, también en este numeral 7.10 indica que los miembros de la JRD no deben dar sugerencias u opiniones a solo una de las partes o al supervisor. Se debe entender, o yo deduzco, colijo, que sí lo pueden hacer en presencia de todos.

Entonces, para ello se requiere en la función preventiva, que la JRD o el DAB detecte potenciales desacuerdos de las partes en los procedimientos a través de reuniones especiales, y también detecte algunos procedimientos contrarios a la normativa respecto, por ejemplo, a aprobaciones de adicionales.

Ya estamos con el tiempo, entonces, vamos a señalar que sobre este contexto lo que se requiere dentro de las competencias de los adjudicadores es que tengan conocimiento de la normativa y, sobre todo, en mi opinión, tengan experiencia en la ejecución de obras.

No todos los ingenieros, no todos los abogados, no todos los otros grupos de profesionales tienen experiencia en la ejecución de obras.

Por lo tanto, este aspecto central también me parece importante que se defina como requisito para ser adjudicador.

Gracias.

Valeria Leveratto: Gracias, Luis.

Mónica, cuéntanos. Desde tu experiencia ¿cómo la integración de prácticas de gestión y de proyectos y la educación pueden contribuir a la objetividad y eficacia de la designación de miembros, tanto de DAB como de JRD?

Mónica Gonzales del Valle: Gracias, Valeria.

En realidad, la gestión de proyectos nos ayuda en toda nuestra gestión, en todos nuestros proyectos. Y nos va a ayudar a definir criterios claros y específicos para la selección de los miembros.

Esto puede incluir requisitos técnicos relacionados directamente a la gestión de proyectos y los conocimientos técnicos relevantes que deben de tener. Asimismo, las habilidades de resolución de conflictos que se manejan en estos temas.

Se enfocan y se poseen habilitades y competencias necesarias para desempeñar los roles de manera efectiva y eficiente.

Asimismo, nos pueden ayudar y nos forma esta parte de la gestión de proyectos, en la ética y la integridad de la resolución de disputas, que es muy importante tenerlo, y es lo que venimos mencionado casi siempre. Pero esto no simplemente es un papel y mostrado en un cartón que manejan gestión de proyectos, sino que también esto va de la mano, como dijo Luis, en que tienen que haber ejecutado, tienen que haber realizado, tienen que haber trabajado en las obras de cualquier punto, de cualquier lado: supervisión, contratista, entidad; de cualquier lado, pero apoyado de esta gestión van a reforzar y van a manejar mejor todas estas habilidades.

Entonces, la integración y la práctica de gestión de proyectos puede mejorar objetivamente la eficacia y la decisión que se pueda tomar para poder escoger algún adjudicador.

Gracias.

Valeria Leveratto: Muchas gracias.

Coincido totalmente. Definitivamente, el haber estado en cualquier lado del mostrador, administrando contratos, ejecutando contratos, incluso en todas las labores adyacentes al contrato de obra, y de cada de uno de los proyectos y de la especialidad y naturaleza de cada uno de los proyectos, le da una cuota de «diferente» al *expertise* que cada uno va adquiriendo para poder incorporar esa experiencia en la labor como miembro de un DAB o de una JRD.

Ahora, Katherine, por favor, en tu opinión, ¿qué iniciativas o programas de capacitación podrían implementarse para preparar mejor a los profesionales, profesionales jóvenes también, para roles, tanto en DABs como en JRD, considerando tendencias actuales? Obviamente, también con la perspectiva del futuro en la industria de la construcción. Claro, proyectémonos al futuro. La vida no se detiene, y como tú eres la más joven de nuestro panel, esta es la pregunta para ti.

Katherine Quiroz: Gracias, Valeria. No se confundan, tengo quince años de experiencia laboral.

Pues, bueno, esta pregunta ha sido objeto de mi propia búsqueda de especialización, de modo que yo recomiendo estudiar los cursos que dicta la Dispute Board, la DRBF; asistir a los congresos nacionales, internacionales y los foros de discusión sobre estos asuntos, conocer los contratos que se van a gestionar, por ejemplo, si vas a hacer un *tailor made*, conócete el Código Civil y conoce, por lo menos, el capítulo de contratos del Código Civil.

Si vas a gestionar un Fidic, ejecutar un Fidic, puedes estudiar los cursos oficiales que son brindados por Fidic o por expertos certificados Fidic. De igual manera, con los contratos NEC, aunque los contratos NEC tienen otro origen, pero, de igual manera, el que parte del conocimiento a partir de la experiencia; sin embargo, de igual manera, sus principios básicos, su estructura, filosofía y procedimientos pueden ser estudiados a nivel teórico.

Valeria Leveratto: Gracias.

Ahora, Luis. Desde tu experiencia, con la normativas y prácticas peruanas, creo que ya nos hemos centrado en ello, ¿cómo crees que podríamos fortalecer los mecanismos de transparencia y de justicia en la selección de estos miembros de los paneles.

Luis Hernández: Bien, con respecto a lo que ya habíamos señalado, por ejemplo, la supervisión del OSCE en los centros es fundamental, ¿no?

Solamente como datos, podríamos decir que en Piura hay dos; en Chiclayo, uno; en Lambayeque, uno; en Chimbote, uno; en Trujillo, cuatro; en Cusco, tres, uno de ellos la Asociación Zambrano; en Lima hay como once.

Sin embargo, en el listado, el OSCE indica, y voy a leer textualmente, que la incorporación del listado de centros que organizan y administran las JRD no constituye acreditación, autorización, reconocimiento, habilitación ni el otorgamiento de título alguno por parte del OSCE, para fines de funcionamiento.

La redacción, no sé, me parece que sí y no. Entonces, yo creo que ahí, lo que falta, es una decisión política y presupuesto para hacer la supervisión de los centros. Y hemos hablado del programa efectivo interno de cumplimiento, el *compliance*, y con respecto a la integridad de los adjudicadores, quería reseñar que, en nuestro centro, supongo que en algunos otros más, se solicita un deber de revelación continuo respecto a los siguientes puntos:

Por ejemplo, condena por algún delito doloso, investigación penal, si se encuentra incluido en o está en el reporte como moroso, si tiene deudas exigibles en cobranza activa, si está en proceso concursal como persona natural, si está registrado como deudor familiar, si tiene antecedentes sobre

recusaciones fundadas y sanciones del OSCE en cualquier centro o JRD, en vía pública o privada, si tiene alguna sanción en el Tribunal de Ética del Colegio Profesional correspondiente.

Yo creo que los centros tienen una normativa al respecto, pero no basta porque no todos tienen los mismos lineamientos. Algunos solamente piden un certificado laboral que no incluye las investigaciones fiscales, por ejemplo, y me parece importante que estos aspectos sean normativos para el cumplimiento de todos los centros. Yo creo que con esos aspectos podríamos ayudar en la mitigación de la corrupción.

Valeria Leveratto: Muchas gracias, Luis.

Vamos, para cerrar la mesa con un corolario, una pregunta de cierre y es que si pudiéramos implementar un cambio importante, y esa pregunta es para cada uno de nosotros, en el sistema de nombramiento, ¿cuál sería?

Vamos a comenzar con Katherine.

Katherine Quiroz: Así como es importante la gestión de contratos, es muy relevante la formación de contratos.

Entonces, por mi parte, de hecho, les comento que tenemos ahora varios proyectos Fidic en los cuales se están formando contratos, por ejemplo, el de la carretera central.

Entonces, Fidic tiene un curso cero para cualquiera que sea contratado en ese proyecto, por favor, recomiendo llevar ese curso que tiene como finalidad orientar a las partes, que va a ayudar al cliente, al propietario, a definir cuáles van a ser las cláusulas importantes que se deben considerar en cada proyecto.

En ese sentido, una cláusula que yo incluiría como una cláusula particular en el Fidic, por ejemplo, sería que la negociación de la designación de un miembro del DAB no se extienda más de treinta o sesenta días si el propietario lo quiere extender y que, necesariamente, se acuda a la designación residual y se designe un centro para llevar a cabo esta designación, y también se establezcan bajo qué parámetros, porque, a veces, se toma demasiado tiempo para también definir los parámetros con los cuales se va a llevar a cabo esta designación residual.

Asimismo, incluiría que los contratos sean revisados por expertos, de preferencia por expertos acreditados en el tipo de contrato. Esto no siempre es posible, por eso pongo «revisión», y las personas que van a ejecutar directamente, por lo menos, deben de tener experiencia en la gestión de este tipo de contratos o, al menos, ser guiados por estos últimos.

Gracias.

Mónica Gonzales del Valle: Pienso que el proceso de selección debería ser un poco más transparente y tener una evaluación rigurosa de los candidatos que se van a presentar.

Asimismo, estos criterios claros de selección van a estar enfocados en requisitos de experiencia de gestión de proyectos, conocimientos técnicos y legales, habilidades de resolución de conflictos y cumplimiento de los estándares éticos.

Esto es importante que hay que tener en cuenta con cada uno de los profesionales que se presentarían para ser partícipes de estos miembros.

Evaluar la objetividad y la transparencia que puedan tener cada uno de ellos. Es importante la imparcialidad y la equidad profesional que debemos manejar.

Asimismo, la formación continua de los profesionales desarrollará estas habilidades blandas, los conocimientos de gestión de proyectos, y las habilidades para gestionar y resolver estas disputas.

Creo que estos puntos serían importantes incorporar para tomar la decisión de cuál sería el miembro más adecuado para poder llevar esta junta o este DAB.

Gracias.

Valeria Leveratto: Muchas gracias, Mónica.

La misma pregunta, Luis.

Luis Hernández: Gracias.

Básicamente, me parece que se debe incluir en la normativa los aspectos ya señalados, como el *compliance* para las empresas e inclusive, también, para las entidades. Las entidades deben tener un Código de Ética respecto al nombramiento, pero eso tiene que estar normado y hemos indicado también con respecto a la integridad. Lo acabamos de señalar. Y respecto a la competencia técnica, está muy difuso en la norma.

Una experiencia en ejecución de obras la podría tener un ingeniero, jefe de estudios que solamente haya visto proyectos y nada de gestión contractual y tenga una experiencia de diez, quince años, pareciera que no.

En esa misma línea, un administrador de contratos que está veinte años en ejecución de obras tiene esa competencia de experiencia, y así un asesor externo de un consorcio tiene esa experiencia de ejecución de obras.

Entonces, son elementos que hay que debatir para mejorar la calidad del panel de adjudicadores.

Ahora bien, como ha señalado Valeria, hay más de 2500 entidades que ejecutan obras desde una vereda hasta una carretera. Hay 8000 contratos anuales. Qué masa crítica tenemos para tener más adjudicadores. Es un reto que se tiene que considerar en la normativa. No se trata de abrir por abrir. Se pretende abrir también para los casos de supervisión, que también son necesarios para mantenimiento, que también son necesarios, pero también hay que saber de qué manera, cómo, paulatinamente, podemos cubrir estos vacíos.

Gracias.

Valeria Leveratto: Muchas gracias.

Para terminar, recoger ideas importantes.

El mecanismo funciona y siempre podemos mejorarlo. Dependerá de todos nosotros, tanto seamos parte del sector privado, del sector público, del regulador, obviamente, de los legisladores, pero como usuarios del sistema, tomemos en cuenta siempre las buenas prácticas. Y hay algo que debemos recoger y es buscar a los profesionales idóneos.

Entonces, el profesional idóneo es el profesional que, de repente, es abogado, es ingeniero, es arquitecto, pero es la persona que tiene experiencia específica en el proyecto que se ejecuta. Es la persona que se capacita constantemente, la persona que está completamente interesada en la gestión de ese proyecto y que sigue constantemente involucrada en ese tipo de gestión de calidad, y que va a estar completamente comprometida con cada uno de los proyectos que acepta. Y a partir de allí vamos a tener *disputes boards* y JRD que cumplan con su labor, tanto preventiva como resolutiva, y vamos a hacer que ese mecanismo siga siendo, o sea, mucho mejor de lo que ya es.

Muchas gracias por su atención, y, sobre todo, por su actitud.

Tenemos una pregunta.

Participante: Buenos días, antes de que acabe, yo quería hacer una consulta, específicamente, al ingeniero Hernández.

Creo que todos aquí estamos de acuerdo con que las JRD estén integradas por profesionales idóneos, y creo que no hay objeción alguna a ello, pero aquí escuchaba al ingeniero Hernández, y es algo que, obviamente, lo vengo viendo en diferentes centros, los requisitos para integrar JRD. Me parece bien que los que integren la JRD no tengan condenas por delito doloso, que no sean parte del Redam, etc., pero hay un tema que lo comentó también el ingeniero Hernández, es que no tengan investigaciones en trámite.

Ahí, los abogados tenemos una gran objeción y, bueno, se los comento a los que no son abogados. Existe un principio constitucional que es la presunción de inocencia, artículo 2, inciso 24, literal e) de la Constitución Política del Perú. Entonces, todos somos inocentes hasta que se pruebe lo contrario. Qué pasaría si esa persona tiene cuatro investigaciones y, obviamente, no puede ser parte de un centro en virtud de este impedimento. Pero qué pasa si terminadas las investigaciones, como casi siempre ocurre, son absueltos. Eso le ocurre a funcionarios públicos, yo he sido funcionario público muchos años, felizmente, nunca tuve una denuncia, pero muchos compañeros sí y, entonces, durante muchos años padecieron un proceso penal y al final fueron absueltos.

Entonces, la pregunta es: ¿este impedimento, este requisito, no sería inconstitucional?

Gracias.

Luis Hernández: Gracias por su pregunta.

En realidad, nosotros debemos tener una perspectiva para hacer una normativa con respecto a algunas limitaciones.

Realmente, los funcionarios públicos, muchas veces, tienen denuncias penales por sus actuaciones sin que haya necesariamente una colusión de por medio. Y los procesos judiciales terminan en diez, quince años, es decir, una investigación fiscal, estoy dando el caso de profesionales que han sido honestos y que en veinte años los absuelven de los cargos, pero también hay otros deshonestos. Debemos hacer algo.

Sin infringir la Constitución, lo que se pide es un deber de revelación, o sea, el adjudicador debe revelar: «tengo en procesos de investigación penal tales y tales casos». Ya las partes verán. Si omite esa declaración, entonces, podrá ser material de recusación.

Ahora bien, desde la perspectiva legal, yo no sé si un colaborador eficaz es culpable o no, porque está en el proceso, se declara culpable, pero, finalmente, dentro de veinte años, en la tardecita, no sé si saldrá, de repente, inocente.

Entonces, por eso lo que se propone es que se revele, y que las partes puedan complementar y seguir, digamos, algún proceso de recusación, si es que ello es competente. Pero no se les elimina de plano.

Valeria Leveratto: Muchas gracias.

Ahí tenemos a Alex, una pregunta.

Alex Campos: Siguiendo el mismo comentario, y tomando también lo que se discutió hace un momento, que las listas no son muy largas y que, efectivamente, es una masa de contratos que necesitan JRD y DABs, y también pensando que no nos pase con las JRD y los DABs lo que nos pasó en el arbitraje que, finalmente, el mercado era tan grande que terminó dejando entrar a gente que nunca debió entrar al sistema, ¿no sería buena idea, digo yo, que mutáramos a un esquema híbrido en el cual haya un solo adjudicador permanente que sea el presidente y que los otros dos están designados, pero que no tienen, no van a tener toda esta carga mensual, que solamente entren a participar cuando hay una sumisión, o sea, ¿no sería una forma de simplificar un poco el mercado? ¿Qué piensan?

Katherine Quiroz: A mí me parece superinteresante la iniciativa, Alex. Yo creo que se podría manejar de esa manera. Me parece que podría ser viable para manejar la cantidad de proyectos que cada DAB tiene a cargo que, en mi caso, en mi opinión, sugiero, como decían también mis colegas, que los DABs deben de tener disponibilidad de tiempo, y eso, tal vez, no está pasando.

Mónica Gonzales del Valle: Yo no estoy muy de acuerdo con Katherine, porque si, de repente, ella sí lo percibe en la función del DAB, pero que en la JRD están considerando tres personas porque son tres especialistas, los cuales van a trabajar conjuntamente. Si solamente el presidente se encarga de ver, revisar, atender, los otros dos van a estar bastante ajenos cuando tengan que resolver la controversia. Entonces, no van a estar involucrados, creo yo, cien por ciento al proyecto.

Luis Hernández: Yo quería agregar a esa iniciativa que me parece que hay que verla también desde el punto de vista de la labor esencial de la JRD y DAB: es preventiva, por lo tanto, deben tener un conocimiento permanente de cómo va siguiendo la ejecución de la obra, la ejecución del contrato.

Entonces, si ellos no participan, no van a cumplir esa función preventiva, pero el decreto está porque yo creo que no es, usted bien nos dijo, doctor, que se ha metido en el arbitraje gente que no debe estar.

Entonces, qué hacemos ante ello, qué hacemos ante ese reto. Ante la próxima gran demanda de adjudicadores y la poca masa crítica. Eso hay que legislarlo y considerarlo.

Valeria Leveratto: Bueno, y otro comentario. Cada contrato tiene particularidades, obviamente, por magnitud, por especialidad, por complejidad, por cuantía también. En algunos casos, definitivamente, podrá ser que sí. En otros, también, analicemos otra opción, y es que tomemos en cuenta que las listas que existen, o las nóminas que existen en los principales centros hoy están integradas por ingenieros y, en menor grado, por arquitectos.

Pero también existe una gran masa existente de alta calificación profesional de abogados que han administrado proyectos de obra en los últimos veinte, treinta, cuarenta años y no están siendo considerados en las nóminas, no muchos, o sea, de los administradores de contrato que conozco, abogaos que tienen veinte años trabajando, creo que menos de diez o quince están en las nóminas.

Entonces, si consideramos a esos profesionales que, a lo largo y ancho del Perú, los últimos veinte años han administrado obras viales, sanitarias, portuarias, aeropuertos, carreteras, entonces, esa masa es la que debiéramos atraer y considerar esos abogados o abogadas, Arbitral Women, consideremoslas e incluyámoslas en las nóminas.

Considerando la magnitud del proyecto, las partes van a designar al profesional. Entonces, de repente, es un profesional que ha tenido, por ejemplo, es carretero, es puentero, ha trabajado en hidráulica, ha trabajado en agro y tiene todo este *expertise* de irrigación, entonces, vas a poner a ese tipo de profesionales, y lo interesante, por lo pronto, en mi experiencia personal de leer decisiones y/o los informes después de visita de DABs o de JRD a obra, es que la interacción de los paneles suma mucho.

Cuando tienes más de dos personas, la interacción mixta, tanto de profesionales como de pluralidad, aporta mucho a enriquecer la decisión que se da.

Porque, por ejemplo, un ingeniero va a hacer un cálculo magnífico, va a considerar el gasto general, lo va a separar, este sí, este no. El abogado le va a dar otra perspectiva, va a poner: esto no es infundado, esto no es improcedente, lo va a canalizar conforme a la regulación.

Esa integración mixta le va a dar esa naturaleza especial que ese proyecto requiere. Como propuesta es superinteresante, pero va a determinarse por la naturaleza de cada uno de los contratos.

Muchas gracias por su participación.

PANEL X. EL RIESGO COMO ACTIVIDAD INHERENTE EN CONSTRUCCIÓN

León López [1] (moderador)
Víctor Ariza [2]
Ahmed Manyari [3]
José Antonio Hernández [4]
Glenn Cameron [5]

---

1 Ingeniero civil por la PUCP, MBA por la Universidad del Mar en Chile y certificado como PMP® por el Project Management Institute®. Consultor Internacional de Gerencia de Proyectos y Gestión Contractual. Es capacitador y profesor universitario de maestrías, posgrados y diplomados en la Universidad Ricardo Palma, Universidad de Piura, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad ESAN, entre otras.

2 Ingeniero civil con más de 12 años de experiencia en el sector de la construcción, especializado en gestión de riesgos para proyectos de infraestructura vial y hospitalaria. Reconocido como investigador por Renacyt, con publicaciones enfocadas en análisis probabilístico, aprendizaje automático y sustentabilidad. Actualmente colabora con redes internacionales de investigación y aporta soluciones innovadoras para optimizar la gestión de riesgos en proyectos complejos.

3 Experto en Derecho de la Construcción e infraestructura. Asesoro a organizaciones durante la negociación, celebración y ejecución de proyectos de inversión pública y privada, bajo diversos formatos, incluyendo Fidic (Libros Rojo, Amarillo y Plata) y NEC3 y considerando diversos sistemas de *project delivery*. Actualmente, es árbitro en ejercicio, parte del Registro Nacional de Árbitros - OSCE, y de diversas nóminas de árbitros y de Juntas de Resolución de Disputas.

4 Ingeniero civil, ha trabajado en consultoría de proyectos de infraestructura, construcción y desarrollo inmoibilirio.

5 Ingeniero civil NCSU, MBA, con amplia experiencia en gestión de proyectos de diversos tipos de construcción en América, Europa y Asia, gestionando proyectos institucionales, comerciales, deportivos, educativos y de construcción pesada en calidad.

León López: […] solamente que lo han olvidado, es lo más importante de la gestión de riesgos. Si no hacemos un análisis cuantitativo estamos, simplemente, saludando a la bandera con todo el honor que nuestra bandera se merece.

Después vamos a ver algo que también es bastante interesante: los riesgos imprevistos y la fuerza mayor, porque estamos hablando de dos cosas que se dan, necesariamente, en las obras imprevistas. ¿Se puede hablar de fuerza mayor? ¿Qué cosa es la fuerza mayor? ¿Cuál es el efecto? Y de eso nos va a hablar el doctor Manyari.

Y vamos a ver qué pasa en la industria privada, donde este gran olvidado del análisis cuantitativo sí existe y de eso nos va a hablar el doctor José Antonio Hernández.

Y, finalmente, Glenn, de los modelos colaborativos, pero un concepto que fundamenta estos modelos colaborativos que es el *partnering.* El *partnering* es un concepto del cual se habla desde hace muchos años. Estamos hablando, más o menos, de hace veinticinco años que se habla del *partnering*, y no nos debemos olvidar de qué se trata, y Glen nos va a ilustrar sobre esto.

Entonces, esto es fundamental. Un proyecto se define con tres elementos: alcance, tiempo y costo, y eso genera lo que llamamos la línea base del proyecto.

El alcance se relaciona con el tiempo a través de las actividades del proyecto, mientras que el alcance se relaciona con el costo a través de los recursos necesarios para ejecutarlo. Y después lo que hacemos es distribuir el costo en el tiempo a través de los calendarios: calendario de materiales, calendario de equipo, calendario valorizado, etc.

Esto genera una especie de restricción que llamamos «restricción triple», y que crea esta relación de los elementos fundamentales del proyecto. Pero ¿estamos seguros, cien por ciento, de que lo que definimos como línea base es lo que realmente va a suceder? No lo estamos.

El proyecto es exitoso si cumplimos con él, calidad, los plazos, los costos, y, sobre todo, con la satisfacción del usuario, es decir, el usuario recibe lo que espera. De repente puede atrasarse un poco el proyecto, costar algo más, pero el usuario recibe lo que necesita.

Y, entonces, si hay éxito también hay fracaso. ¿Y cuándo puede fracasar un proyecto? Hay más razones para fracasar. Y vemos la última: no planificar la administración de riesgos nos puede llevar al fracaso. El proyecto puede fracasar si no tenemos en cuenta los riesgos.

Entonces, ¿qué cosa es un riesgo? Un riesgo es un evento de condición incierta. Puede pasar o no puede pasar. Por eso no lo metemos al alcance, porque no tenemos seguridad de que suceda, pero sabemos que puede suceder. Eso significa que hay un tema aquí de probabilidad. Es probable que el riesgo ocurra.

¿Qué tan probable es que el riesgo ocurra? ¿Y si ocurre qué va a suceder? Va a causar un impacto, y ese impactado puede ser favorable o desfavorable. Puede ser que ganemos tiempo, puede ser que nos salga más barato, o, al revés, que es lo que, generalmente, ocurre.

Entonces, eso es lo que tenemos que tener. Y el riesgo siempre va a estar después porque no lo hemos podido planificar. Es un evento futuro, es algo que va a pasar más adelante y que puede tener una o más causas o unos más impactos.

Entonces, lo que tenemos que hacer es planificar la gestión de riesgos.

Entonces, tenemos lo que se llama el «riesgo conocido». ¿Qué cosa es el riesgo conocido? El que sabemos que podría suceder, y que vamos a identificar y vamos a saber que ese riesgo existe.

Pero, entonces, así como hay el conocido, hay el desconocido, o el imprevisto. Es decir, aquél que no se nos había ocurrido que podía ocurrir, valga la redundancia, del que nos va a hablar después Ahmed.

No hay manera de manejar un riesgo desconocido de manera proactiva, simplemente, es reacción. ¿Qué hacemos cuando aparece algo que no habíamos previsto? Bien, y tiene que ver con una percepción de incertidumbre. Qué tan certeros, qué tan ciertos estamos, qué tan seguros estamos de lo que hemos definido como al «X» por ciento. Entonces, ese «X» por ciento, hay que multiplicarlo por el impacto, y hay unos métodos estadísticos bastante sofisticados, bastante avanzados, que permiten hacer esa cuantificación numérica.

Y con mayor efecto, obviamente, en los riesgos priorizados, los riesgos de mayor riesgo, digamos, de mayor severidad. Se dice: «severidad del riesgo», riesgo más alto y más severo que el riesgo menos severo. Pero esto hay que hacerlo en todo momento, no solamente al principio de la obra, no solamente al momento de planificar.

El PMI nos habla de cuatro estrategias: aceptar, evitar, reducir y transferir, pero hay que analizar esto desde esa perspectiva.

Nos dice la ley que hay que asignar el riesgo, lógicamente porque el riesgo es de uno o de otro; o del dueño o del contratista. Si el propietario dice: «aceptar el riesgo», significa que está reconociendo que el riesgo es suyo, y si el propietario, la entidad dice: «transferir el riesgo», está diciendo que el riesgo es del contratista.

La primera respuesta es esa, o es mío o del otro. Lo acepto o lo transfiero.

Ahora, si yo digo: «Ya sé que son mis riesgos», entonces, tengo la otra posibilidad, reducir o evitar, que es cambiar el plan para tratar de no caer en la situación de riesgo o reducir el umbral de la probabilidad. Reducir la probabilidad o el impacto.

Entonces, ahí hay un problema con lo que dice la ley, porque en el formato de OSCE para la gestión de riesgo no es de uso obligatorio, lo pueden cambiar, y yo les sugiero que lo cambien porque es muy malo. En todo caso, hay formas de mejorarlo.

Entonces, dicen: «riesgo de la entidad: evitar». No, pues, el riesgo de la entidad es aceptar, o sea, si es que ocurre el riesgo, tiene que pagar o tiene que aprobar una ampliación de plazo o tiene que aprobar un adicional.

Y si el riesgo es del contratista, él sí tiene que evitar o reducir, tiene que hacer algo para que eso no ocurra.

Pero hay otro que es este: escalar, que es nuevo. Este apareció en el 2017, en el PMI, que significa que la acción que yo tomé, alguien me la tiene que aprobar. Es decir, yo no tengo autoridad, ni siquiera como jefe de proyecto de llevar a cabo esa medida. Alguien me la tiene que aprobar porque significa más dinero, más tiempo. Entonces, me tienes que aprobar la ampliación de plazo. ¿Quién la aprueba? El que corresponde. Me va a costar más como contratista, vamos a perder más plata, nuestra utilidad no va a ser la esperada, me la tiene que aprobar, probablemente, el CEO de la empresa. Entonces, «escalar» significa que alguien te aprueba la medida que vas a tomar.

El monitoreo y control permanente. La ley y la directiva dicen: «semanalmente» hay que anotar en cuaderno de obra. Como JRD no hemos visto eso. Se hace la matriz de riesgos, la matriz de inter-

ferencias, pero no hemos visto que exista esta anotación semanal, y la anotación semanal no es, simplemente, anotar. Es decir, ¿ocurrió el riesgo?; ¿se atendió?; ¿desapareció?]; ¿hay más?; ¿apareció otro?; ¿qué sucede de aquí en adelante? Reviso mi análisis cuantitativo. Todo eso significa. Hay que hacer requerimientos, los identificados y realizar los nuevos para estar seguros de que nuestra gestión de riesgos es la correcta.

Bien, con eso termino mi parte y le doy la palabra al ingeniero Ariza.

Víctor Ariza: Voy a hablar sobre este tema: «Análisis cuantitativo de riesgos como herramienta de resguardo para las empresas».

El último reporte que tenemos de la Contraloría, porque hay algo muy bueno que hacen ellos que es decirnos cuáles son las causas que están generando la mayor cantidad de obras paralizadas. Dense cuenta de que en el segundo punto, el que tiene más incidencia es que hay un 22,4 % de obras paralizadas por falta de recursos financieros y liquidez. En otras palabras, la plata no alcanza.

¿Y dónde nace el problema? El problema nace, precisamente, en la normativa de contrataciones que dice que hay un valor referencial, pues los postores a ese proceso de selección pueden lanzarse hasta un 90 % de ese valor referencial. ¿Qué hacen todos? Se van al 90 % del valor referencial, sin dudas, porque si no, no hay esperanza de ganar ese proceso.

Precisamente, hay formas matemáticas basadas, como dijo el ingeniero León, en estadística y probabilidad. Resulta que hay riesgos que se pueden analizar cualitativamente. La mayoría de ellos, digamos, un 90 %-95 % de los riesgos, pero hay un 5 % que tiene data histórica, tiene datos, tiene un comportamiento matemático. ¿Cuáles son? Pues los precios, los tiempos, los plazos y, curiosamente, costo y tiempo son dos aspectos principales que hemos visto, que nos interesan mucho.

Esto de acá que yo les presento son dos programas: uno es el RISK, y otro es parecido, se llama RISK también, pero ambos se encargan de utilizar los datos, por ejemplo, de los precios de los materiales a lo largo de un historial de tiempo, que puede ser doce, veinticuatro meses, y se cargan al análisis de precios unitarios de un presupuesto de obra.

El mismo ejercicio se puede hacer con los metrados, creyendo que estos metrados, pues pueden ser variables por alguna u otra razón. De repente, mal metrados, de repente, una mala interpretación, o, simplemente, un estándar de lo que, pues, cada empresa constructora puede creer que va a tenerse un metrado, y se hace una estimación que utiliza conceptos meramente estadísticos y meramente matemáticos.

Para que ustedes lo sepan, en ingeniería se utiliza bastante: sector minero, sector industrial, telecomunicaciones y el sector financiero lo utiliza mucho. En construcción, prácticamente, no lo utilizan. El problema no es solo de Perú, el problema es a nivel de Latinoamérica.

Hace dos años estuve en un congreso en Uruguay, en un congreso de ingeniería de carreteras, el mismo problema. En Chile, el mismo problema. Este año, en enero estuve en Brasil, y, curiosamente, investigadores, ingenieros constructores, sí hacen esta evaluación. Único país de Latinoamérica en el que se hace evaluaciones cuantitativas. Deberíamos ya hacerlo.

Entiendo que el OSCE cuando nos empieza a exigir el tema del uso de modelos matemáticos para riesgos dice: «No, esto es muy complicado. No es necesario. Con el análisis cuantitativo puede bastar». Sí, perfecto, pero existen riesgos que sí se pueden modelar matemáticamente, y uno de ellos, y que se utiliza mucho, es la simulación Monte Carlo que utiliza conceptos meramente estadísticos y probabilísticos para tratar de darle un comportamiento a un presupuesto y decir: «No, no es metrado por costo. Es un rango. Ya tú decides qué valor tomas de ese rango, pero te voy a dar, al menos, el mínimo, al menos, el máximo, y el más probable».

Por lo menos, con esta técnica que digo que no es nada nuevo, sino de hace mucho, podemos tratar de establecer mejor cuál es el valor del riesgo al momento de asumir un costo, un tiempo.

Para eso utilizamos funciones de distribución de probabilidad. Puro número. Dejémoslo esto para la ingeniería, para que podamos hacer nuestros cálculos. Una persona que pueda dominar porque esto requiere el uso de algunos conceptos estadísticos y probabilísticos.

El comportamiento de un riesgo de forma matemática es una curva. Entre más empinada esté la curva hay menor riesgo porque los valores que van a asumir son más controlables.

Si tuviéramos una curva de este riesgo significa que la oscilación de los valores está entre un rango más corto, y si la curva fuera más achatada, significaría que hay un mayor rango de costos. No necesitaríamos ser grandes modeladores, simplemente, viendo la curva, sabiendo cuál es la incidencia o la variabilidad de ese costo. Esto es lo que se necesita, de alguna forma, para hacer una evaluación de costos y de tiempos.

Bueno, entonces, las curvas de riesgo nos pueden representar un buen comportamiento.

Actualmente, hay mucha bibliografía que se utiliza, como les decía, en Alemania, el profesor Christian Hofstadler, es un pan de cada día, lo enseñan estos en las escuelas de ingeniería desde el pregrado.

En Estados Unidos, el profesor Ivan Damnjanovic hace lo mismo, ya tal vez en las escuelas de posgrado y, pues, en algunos artículos que he realizado, el tercero que está allí es un artículo mío que he hecho «Evaluación de riesgos en una carretera peruana», que ha sido publicado en un congreso en Uzbekistán, por eso hemos tocado el mismo tema.

Entonces, a lo que quiero llegar, y como una conclusión bastante buena de todo esto es, en Perú ya estamos en la fase en la que podemos evaluar cuantitativamente los riesgos. Debemos irnos acostumbrando a hacer la evaluación de riesgos y dejar de ver el metrado y el costo como un valor puntual. Tiene que existir una evaluación del profesional y tomar una decisión dentro de un rango, debemos apuntar a eso. Yo necesito un rango y necesito saber, dentro de ese rango, qué riesgo tomaré yo; si será un riesgo bajo, moderado, un riesgo alto.

Finalmente, todo lo que venimos haciendo estos últimos años aquí en Perú se está haciendo bastante bien para otros rubros. Como les decía, el financiero, pero ya es hora de que en la construcción empecemos a hacer esta evaluación porque no nos está alcanzando la plata, y lo que está conllevando esto es a que tengamos muchas, pero muchas obras paralizadas.

Gracias.

Doy pase al doctor Manyari.

Ahmed Manyari: Vamos a ver un poco respecto de riesgos, caso fortuito o fuerza mayor, y si tiene algo que ver con la mecánica cuántica.

Para empezar, cuando estamos hablando de caso fortuito o fuerza mayor lo primero que debemos tener en cuenta es una teoría que ha ganado peso, pero no es la única teoría de la imprevisión, estamos hablando dentro de un espectro de incertidumbre.

En el ámbito del Derecho se han planteado varias teorías, como no solo abogados, sino también ingenieros saben, el principio es el *pacta sunt servanda*, pero ya desde hace mucho tiempo, varios siglos, había varias teorías, una es la de *rebus sic stantibus*. Cuando hay un cambio de condiciones se puede modificar el contrato. Ese es el planteamiento o el acuerdo.

¿Hacia dónde, bajo qué circunstancias? Depende de las circunstancias. ¿Se puede llevar esto ante jueces? Uno ve decisiones siglo XVI, siglo XVII, y aplican incluso citando el *rebus sic stantibus* para situaciones de imprevisión. Hoy en día no es una teoría tan utilizada, al menos no en contratos sofisticados.

Teoría del riesgo previsible. Y esta es una teoría bastante interesante porque, desde mi punto de vista, combina el Derecho con matemática probabilística, muchos siglos atrás, y combina con algunos conceptos que se desarrollaron a nivel civil, pero, por ahora, lo voy a dejar ahí porque la identificación de la situación y las soluciones son varias. No hay una sola solución.

Desequilibrio económico financiero. ¿Es lo mismo que caso fortuito o fuerza mayor? No, pero también estamos dentro del ámbito de la incertidumbre y la imprevisibilidad, y tiene mucho que ver con una configuración contractual, financiera respecto de la línea base de cualquier proyecto, no solo de los proyectos de construcción, sino de cualquier tipo de proyecto, *software*, por ejemplo.

Pero por ahora lo vamos a dejar ahí porque no nos enfocamos en este tipo de solución.

Excesiva onerosidad. Y aquí, cuando estamos hablando de caso fortuito o fuerza mayor, hay que hablar de la mano de excesiva onerosidad porque puede haber soluciones que no pasan por caso fortuito o fuerza mayor, pero sí pasan por excesiva onerosidad. Y dentro de excesiva onerosidad *hardship* hay un espectro de posibilidades. Hay modelos, ICC tiene sus modelos interesantes. En materia de construcción tenemos algunos modelos específicos.

Y ahora sí vamos a hablar de ya caso fortuito o fuerza mayor. Creo que, para visualizar el estado de las cosas, a mí me gustan mucho los principios Unidroit porque recogen, básicamente, prácticas internacionales de distintos contextos del ámbito anglosajón, en donde, de por sí, no existe el caso fortuito o fuerza mayor. Es una introducción más del ámbito continental, pero existe esta fusión.

¿Cuáles son los elementos? Y aquí subrayo alguno. El hecho de que las partes no tienen el control; y lo segundo, que no había posibilidad razonable de espera que esa situación suceda. Esta es una característica común, básicamente, a varias perspectivas de caso fortuito o fuerza mayor.

En el Perú, como saben, lo hemos resumido, básicamente, a una lógica o al cumplimiento de tres criterios que dependen de cada circunstancia: situación imprevisible, irresistible y extraordinaria. El problema es que el caso fortuito va mucho más que eso, es mucho más complejo identificar que solo el hecho de que existan estos tres elementos, cuando uno aterriza en el caso concreto, y más cuando estamos en proyectos de construcción.

¿Para qué normalmente se utiliza? ¿Las partes tienen una obligación? Incumple. ¿Es obligación normalmente del deudor? La situación de incumplimiento parcial, tardío o defectuoso, si es que se va a producir, si es que prevé qué va a producir y hay una situación de caso fortuito o de fuerza mayor que tiene que ver con la anterior, tiene la posibilidad de justificar ese incumplimiento, de manera temporal o de manera permanente. Consecuencia, normalmente, la posibilidad de que, justamente, se le permita justificar; la otra consecuencia es que se pueda resolver el contrato.

Pero, hay toda una discusión, por ejemplo, qué pasa con los costos en los que incurre el deudor, el contratista, durante la situación de caso fortuito. Hay discusiones que establecen que, normalmente, lo debe asumir él y, finalmente, cada parte asume lo que le corresponde.

En materia de infraestructura, este último elemento ha evolucionado un poco. Y, bueno, vamos aquí a usar Fidic rojo 2017 reimpreso con algunos cambios en el 2022.

Para empezar, no le llama caso fortuito o fuerza mayor, le llama evento excepcional y no solo es un maquillaje, hay un concepto detrás. El concepto tiene que ver con universalización. El gran reto de Fidic es la posibilidad de estar presente en varias estructuras, y cuando se usaba la palabra «fuerza», cuando se usaba *force majeure*, «caso fortuito» o «fuerza mayor», a veces, en cada sistema local existen

diversas maneras de solucionar. ¿Cómo resuelve eso Fidic? Lo corta, y tiene su propia cláusula en donde aparecen, nuevamente, algunos de los elementos que hemos visto.

Pero yo voy a ir a algo que me genera dudas y, de hecho, hay una discusión sobre eso y es que, a diferencia de los otros casos fortuitos o fuerza mayor que hemos visto, en el caso Fidic, que no sea sustancialmente atribuible a la otra parte, es decir, yo soy el contratista, puede ser que el contratante sea en parte responsable o tenga algo que ver, o pudo haber tenido el control, hay discusión de qué tanto implica eso y si es, realmente, fuerza mayor.

Para algunos esto ya no es fuerza mayor, es otra cosa porque, además, en el ámbito de la construcción, y más cuando aparece gestión de riesgos, llega un punto en que te toca gestionar el todo. Tienes que dar solución al todo, y vamos a ver más adelante algo de eso.

Obligación de notificar evento excepcional. Si el contratista experimenta demoras o incurre en costos adicionales, aquí sí, normalmente, se le reconoce al contratista.

A mí me gusta más la redacción del NEC 3 y 4, aparecen, básicamente, los mismos elementos, pero aquí aparece un estándar que es propio del Fidic implícito. ¿Y qué está en el Fidic implícito? Es que el «razonablemente» depende porque en el Rojo el «razonablemente» es muy distinto al del Libro Plata, porque, como saben, el del Libro Plata está el hecho de que el contratista debe sondear su estándar respecto a qué es imprevisible, es totalmente distinto respecto al Rojo, y eso sí lo tiene marcado, y, en teoría, en el NEC.

Hasta este punto hemos visto caso fortuito. La pregunta es ¿cómo eso conecta con riesgos? Mi respuesta simple es que, en estricto, no conecta. Son dos estamentos distintos, o deberían ser dos estamentos distintos. Son distintas tradiciones. Cuando estamos hablando de riesgos, estamos hablando de matemática probabilística. Cuando estamos hablando de caso fortuito o fuerza mayor son soluciones jurídicas frente a la incertidumbre.

Sin embargo, especialmente, en el ámbito de la construcción y en el ámbito financiero también, lo que ha sucedido es que se ha integrado el concepto de riesgo al Derecho.

Y solo un comentario, cuando estamos hablando aquí de riesgo no estamos hablando del concepto que, en materia civil, se considera como esfera de control de riesgo, etc., para los abogados. Estamos hablando, más bien, del concepto que manejan los administradores e ingenieros.

¿Por qué eso qué implica? Que el riesgo se puede regular, que se asigna riesgo, se distribuye riesgo. Este riesgo es del contratista y este riesgo es del contratante, ¿correcto?

Y aquí aparece un ámbito, el riesgo se asigna en función de lo contratado, lo que, expresamente, está en el contrato, y cuando hablo del contrato, no solo hablo de ese documento «contrato». Hablo del expediente técnico, hablo del cronograma. El cronograma dice muchísimo respecto de cómo se ha asignado expresamente el riesgo.

Ahora, también por usos y costumbres. Veamos, si uno está, por ejemplo, en un Libro Rojo, el principio no asume diseño. Ese no es un riesgo del contratista, y eso puede ir variando y puede dar discusiones vinculadas a eso, y la conclusión es que en cada circunstancia el riesgo de diseño no es del contratista; sin embargo, aquí aparece lo incierto, y cuando aparece lo incierto respecto del riesgo vamos a conectar con los riesgos previsibles y los riesgos imprevisibles, porque lo que se regula son los riesgos previsibles o los riesgos que se considera que podrían ocurrir que, al final, es nuestra forma de decir los riesgos previsibles.

Pero, en la práctica, hay toda una gama de situaciones, gama de escenarios de riesgo que van respecto de lo incierto. Y aquí es donde aparece el caso fortuito o fuerza mayor.

En principio, si es que uno asigna el riesgo contractualmente, lo que termina pasando es que uno puede activar, a la vez, este riesgo es el contratista, y a la vez decir, esta es una situación de caso fortuito o fuerza mayor, aunque hay unos ámbitos de discusión un poco problemáticos. Para eso, vamos a lo siguiente. Por ejemplo, el gato de Schrödinger. Como saben, en una caja encierran a un gato, un dispositivo que bota un veneno y uno como externo se pregunta: ¿está vivo o está muerto?

Desde la mecánica cuántica hay una superposición cuántica que establece que en el mismo momento está vivo y muerto hasta que alguien lo observe o alguien abra la caja. Aquí hay una discusión sobre eso. Heisenberg lo que dice respecto de este conjunto de discusiones es que, a nivel cuántico, el observador, investigador, define lo observado.

La pregunta es, ¿esto tiene que ver algo con lo que estamos hablando, con los riesgos? Para meternos un poco más a eso, me gusta mucho el hecho de cómo interpretar los contratos, si cuando interpretamos los contratos, hablamos no solo de lo que está en el contrato, sino también, vamos a decirlo así, de las declaraciones de otros actos.

Y hay un elemento que aparece de modo constante cada vez más en algunas decisiones de laudo nacional, internacional, decisiones de *dispute boards*, y creo que a todos los que estamos en este ámbito nos ha pasado. Y tiene que ver con cuando uno interpreta tiene en cuenta el todo, pero también los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato. ¿Cómo es eso de que, de manera posterior a que se celebre el contrato uno puede redefinir la interpretación del contrato en función de los actos?

Y es que es así. En un proyecto en donde hay miles de personas, donde cada día hay miles de correos respecto de, probablemente, un asunto en el tiempo, lo que termina pasando respecto de esos correos define cuál es la interpretación de ese riesgo, en el sentido de cómo se ha asignado el riesgo, y tiene que ver con cómo las partes se han comportado. Pero cuando hablamos de las partes hablamos de una entelequia. En realidad, como es ingeniero, ese asesor y él les ha venido y les ha dicho esto, y con qué énfasis, lo que termina pasando es que, en la práctica, cuando nos acercamos al fenómeno para decir, por ejemplo, en los *dispute boards*, los árbitros, veremos todo como si existiera una unidad, es decir, sucede lo mismo que con el fenómeno cuántico del gato que hemos visto. No sabemos de quién es el riesgo, hasta que lo analizamos, y cuando lo analizamos, lo hacemos asignando conductas integrales y una entelequia a todos los que han decidido para definir a quién se le asigna el riesgo.

Ahora, si es que no se asigna el riesgo a ninguna de las partes, y esa es la conclusión, ahí estamos hablando, en estricto, del caso fortuito o fuerza mayor.

Para simplificar, asignación de riesgos tiene un contenido contractual, se asigna riesgos con relación a lo previsible o lo que se puede definir que puede suceder; pero hay un conjunto de situaciones que van dentro del ámbito de lo imprevisible, ahí entra a tallar el caso fortuito o fuerza mayor, pero aparece un fenómeno, además, que hay momentos de encuentro en donde no sabe si es que está asignado esto a una parte o es una situación de caso fortuito o fuerza mayor.

Por ejemplo, en el Perú, el fenómeno de El Niño: ¿caso fortuito o fuerza mayor, o hay que asumir que aquellos elementos del contrato vinculados a clima, lluvia, desastres implica que sea asignado a una parte? Y volvemos a la pregunta original, ¿es imprevisible que, en el Perú, cada cierto tiempo, tengamos fenómeno de El Niño?

Situación política cambiante, por no dar un fenómeno, una consideración peyorativa, ¿es previsible en el Perú o es imprevisible?

Elementos geológicos-geotécnicos. Alguna vez, cuando me ha tocado dictar solo a ingenieros, he hecho la pregunta: ¿qué es geología y la geotecnia?, y la verdad es que las respuestas son muy diversas.

Algunos le dan más valor al sustrato, a lo que está a nivel geofísico, y otros dan más valor a la técnica, a la solución humana frente a ese fenómeno.

Como saben, en concesiones, en obra pública, utilizamos el concepto «riesgo geológico o geotécnico», pero geológico o geotécnico no necesariamente significa lo mismo. Dependiendo cómo se ha estructurado el contrato, las condiciones, etc., y la totalidad puede ser que estemos frente a un fenómeno del suelo o a un fenómeno de diseño. Y si es que es un riesgo de diseño, puede ser que sea riesgo del contratista. El riesgo siempre es acotado. El hecho de que digamos riesgo cambiario no significa que cualquier riesgo cambiario es de esa parte. Depende de las condiciones y de la lógica del equilibrio económico financiero, y Víctor creo que ha dado un elemento que puede dar objetividad a cuál es el contenido.

Gracias.

José Antonio Hernández: Buenos días a todos.

Les voy a hablar, dando un poco la vuelta a lo que hemos estado escuchando de la actividad privada, de lo que estamos haciendo como privados, cómo podemos mejorar o las buenas prácticas que tal vez en algunos casos se podrían replicar en la obra pública y, básicamente, les voy a dar algunos ejemplos que, en mi caso particular, como Lima Airport Partner, o como el proyecto de ampliación del aeropuerto, usamos o hemos usado mucho.

Básicamente, cuando decidimos empezar un proyecto de regular magnitud lo primero que hacemos es lo que acá he llamado antecedentes, es definirlo. Definir internamente qué es exactamente lo que queremos. Aunque parece fácil, a veces, es más difícil de lo que parce saber exactamente de qué es lo que queremos y cuál es el resultado que queremos con ese proyecto. Parece fácil, pero no siempre lo es.

De ahí establecemos un presupuesto o elaboramos o consultamos con cuánto dinero contamos para ejecutar este proyecto, al menos, en una primera instancia. Cuánto tiempo tenemos para ejecutarlo y, por último y más importante, identificar los riesgos. Identificar los riesgos prácticos, los riesgos de ejecución, los riesgos típicos de obra, pero también los riesgos comerciales, los riesgos reputacionales, los riesgos de qué pasa si no cierro un contrato, qué pasa si no lo tengo a tiempo, qué pasa si esto no acaba cuando tiene que acabar.

Es ahí cuando nosotros entramos y con esa identificación de riesgo a decidir primero qué tipo de contrato vamos a usar.

Nosotros usamos, generalmente, hoy por hoy, contratos hechos a medida para cada ocasión que hacemos, pero siempre han estado sobre la mesa los NEC, siempre han estado sobre la mesa los Fidic y, básicamente, las decisiones que tomamos también tienen que ver con el financiamiento que tenemos.

Nosotros, al elaborar el presupuesto a detalle, tenemos lo que todos conocemos: costo directo, costo indirecto, el *overhead* y el *profit* que, generalmente, o por estándar me va a pedir el contratista, cuánto me va a costar supervisar el proyecto, sea que lo haga directamente o con un tercero, y la contingencia.

Nosotros no cerramos un proyecto sin tener una contingencia para eso, o sea, es irreal pensar que todo va a costar lo que creíamos que iba a costar o que todo va a acabar cuando creíamos que iba a acabar.

¿Vamos a hacer nuestro mejor esfuerzo? Sí. ¿Va a pasar? Difícil.

Ahora, como contingencia, nosotros entramos al detalle de la gestión de la contingencia. ¿Qué podemos hacer? ¿Quién lo puede hacer? ¿De qué montos hablamos? ¿Quién lo puede aprobar? Debemos tener en cuenta que la demora en la toma de decisiones es mucho dinero, en algunos casos nuestros contratos son bastante grandes. Entonces, tenemos que saber cómo reaccionar ante la necesidad del uso de la contingencia.

Y ayer alguien me decía: «Tú estás en el privado, es el mundo maravilloso, no tienes límites, y, simplemente, hacen lo que tienen que hacer». De hecho, no es así. Nosotros, por ser privados, tenemos unos estándares de gestión autoimpuestos muy exigentes y tenemos unos estándares y autorizaciones que gestionar ante bancos porque tenemos un financiamiento atrás.

Entonces, tampoco es la panacea, es decir: «abre la caja y ponga un millón más y pagamos esto». No funciona tan sencillo.

¿Qué viene después de esto? El Capex. Como conclusión a todos esto, nosotros asignamos y tenemos un Capex. El Capex es, básicamente, el presupuesto de inversión, que paradójicamente, finalmente, yo lo voy a presentar al Estado para que me reconozcan la inversión del proyecto.

¿Saben qué está en el Capex? Por ejemplo, para el contrato del terminal, dentro del Capex está el costo del *dispute board*. El *dispute board* es un requisito contractual autoimpuesto y eso se pasa a reconocimiento de inversión por el Estado y lo reconoce.

Me dirán ahora: ¿por qué el Estado dice que no puede meter el costo de la JRD al presupuesto de obra? Buena pregunta porque, como concesión, lo reconoce como parte de la inversión.

Finalmente, si hablamos del sector público, tenemos el papel. El papel dice que existe un análisis de riesgo. El análisis de riesgo va a estar en el expediente técnico. ¿Existe? Medianamente, sí. Ahora, también el papel dice en el sector público que la distribución de riesgos se da en el contrato. ¿Eso sucede? Yo apostaría a que no, cada contrato tiene una distribución de riesgo distinta y, evidentemente, decir «¿en el Estado cada contrato tiene una distribución de riesgos donde se asigna el riesgo a quien esté en mejor capacidad de afrontarlo?» yo creo que no sucede.

Como les mencionaba hace un momento, tenemos el manejo de la contingencia, montos máximos autorizados sin aprobación, mecanismos de aprobación, mecanismos de control y KPI. Nosotros nos medimos también por KPI. Casi todo lo que hacemos como sector privado tiene un KPI para ver si estamos siendo lo suficientemente eficientes que tenemos que ser para salir exitosos de un proyecto.

¿Qué es un LTA? LTA es el *Lender Technical Advisor*, es el asesor técnico del banco que me está prestando el dinero. Yo tengo, por contrato de financiamiento, bajo ciertas circunstancias que pedir autorización, como un ejemplo dentro de lo que se puede comentar. Yo quiero cambiar un hito, yo quiero exonerar una penalidad, tengo que ir a pedir autorización a los asesores técnicos de los bancos para que me den la opinión favorable de que esa decisión no afecta el *project finance*, el financiamiento, y, por ende, no va a afectar el retorno de la inversión.

Entonces, ¿tengo las manos libres para hacer todo como yo quisiera? Evidentemente, no y tengo mucho control.

De ahí tengo el segundo, LLA, que es el *Lender Legal Advisor*. Una vez que tengo la aprobación técnica voy a sentarme con los estudios de abogados de Lima, de Nueva York a explicarles lo que quiero hacer y tengo que convencerlos de que no es un evento materialmente adverso para el financiamiento y para el proyecto. Solo ahí yo puedo tomar ciertas decisiones, mandar una instrucción, firmar una orden de cambio o una adenda, según lo que esté planeando.

Evidentemente, no es que no pueda hacer nada, pero existen limitaciones porque tengo un financiamiento atrás. En estricto, nosotros tenemos ocho bancos atrás. Entonces, no es fácil poner a todos de acuerdo.

¿A qué voy con todo esto y volviendo al congreso y a lo que por lo que estamos acá? *Dispute board*. ¿Qué es el *dispute board*? El *dispute board* es una herramienta, igual que la JRD. Es una herramienta de gestión que no debemos de olvidar que está diseñada y planeada para la prevención. Efectivamente, el *dispute board* nos ayuda a tener una decisión en un plazo muy corto y tratamos de evitar que se pare el proyecto, pero el fundamento y el principio es evitar que haya disputas, gestionar el proyecto comunicándonos de una manera más asertiva, usando el *dispute board* para que nos ayude a lidiar con ciertas circunstancias, y que es algo que debería hacer, y yo creo que, hasta hace poco, que deberían hacer los miembros del *dispute board,* los miembros de la JRD, como una de sus principales obligaciones al iniciar un proyecto: pedir la matriz de riesgos.

¿Cuál es la matriz de riesgos? ¿Cuáles son los riesgos que las partes han identificado? ¿Qué es lo que a ellos les preocupa? Si el *dispute board* no conoce o el miembro de la JRD no conoce la matriz de riesgos del proyecto, por más que estemos acompañando, no van a tener la información completa o no van a poder actuar o prevenir, que es lo que estamos buscando.

Finalmente, y a manera de ejemplo, antes de dar el pase, nosotros, por ejemplo, cuando queríamos hacer el proyecto con un solo contratista, un solo gran contrato para que se encargue de todo el proyecto de ampliación, unos seis, siete años atrás, ¿qué hicimos? Hicimos un *workshop* de dos días, donde estaban todos los responsables de todas las áreas de LAP, del proyecto, sentados con todos los responsables de todas las áreas del contratista, del consorcio, donde estaban también el director de proyecto de mi lado, y los *country managers* del contratista. ¿Y qué hicimos? Pusimos diez mesas por dos días, donde nos sentamos todos a discutir qué riesgos veíamos en el proyecto juntos, qué nivel de riesgo, cómo los clasificábamos. Si era posible ponerles un número o un rango, se lo poníamos, pero trabajábamos juntos para tratar de establecer, con el *know-how* de todos, el riesgo del proyecto y cómo debíamos después preocuparnos en firmar un contrato que los distribuya correctamente. Práctica poco común, pero fue muy ventajosa.

Paradojas de la vida, no nos pusimos de acuerdo en el contrato, no firmamos, cambiamos de estrategia.

El hecho es, la matriz de riesgos identificada y establecida de forma oportuna es indispensable, sobre todo, si lo que buscamos es la prevención.

Gracias.

Glenn Cameron: Me han dado esta área de «La gestión de riesgos como parte importante de los modelos colaborativos».

Yo voy a romper un poco los esquemas porque hemos estado hablando del control de riesgos, básicamente, de los costos del tiempo, muy importante porque nosotros como DAB o JRD arrancamos una vez que el contrato ha sido firmado.

Me gustaría ver el tema de los contratos colaborativos, que es, básicamente, donde entra el famoso ornitorrinco del que nos habla Jaime, porque una vez que tenemos que lidiar con una controversia, vamos al contrato y después vamos a entrar al tema de la prevención, del famoso *avoidance*.

En los contratos colaborativos hay mucho qué hablar. Lo voy a resumir compartiendo, simplemente, experiencias, y una experiencia reciente es la de los Juegos Panamericanos. Llamamos a estos contratos «colaborativos», porque tienen cláusulas que son directas y, sobre todo, asignación de los riesgos.

Bien importante, y esto es antes de que entremos nosotros, es que hay que hacer un plan de procura, ver bien los riesgos de procura, y voy a compartir con ustedes la experiencia que viví con los Juegos Panamericanos.

Se analiza, obviamente, las opciones que tiene cada contrato. Como sabemos, en esos contratos colaborativos el contrato se hace al proyecto y no al revés. Donde hay un contrato, digamos, estándar, modelo y el proyecto tiene que adecuarse al contrato.

Miren los temas que se considerarony este es el equipo británico que tuvimos. Se consideró, por ejemplo, la certeza del costo. Y este es del 1 al 10, acá se hace un análisis tipo telaraña, y la certeza de costos es un 7.

Como ustedes se imaginarán, el tiempo para los juegos era un 10; la calidad, 6; la transferencia de riesgos, 5; una cosa que va con lo que hemos hablado. No era tan importante transferir el riesgo porque ya se sabía que acá la entidad iba a asumir el riesgo para que esto se acaba sí o sí; alcance, 6; la complejidad del proyecto, 8; gestión de cambios, importantísimo, porque no hay tiempo para estar discutiendo mucho de los cambios. ¿Cómo gestionar los cambios?; novación, interesante, pero un 6; e, interesante, involucramiento del cliente, o sea, la entidad, 6.

O sea, cuando uno probó todos esos factores y analizó las diferentes opciones nos dio la opción F, que es el *management contracting*, lo cual no lo tenía el Fidic y, obviamente, nos fuimos al NEC.

Y antes de terminar, el plan de procura también entra, pues el plan de contrataciones que es una cosa muy importante para darles unos datos, o sea, tuvimos cuarenta contratistas en promedio para cada proyecto emblemático de los juegos, o sea, algo muy inusual.

Ahora entremos a lo que es el DAB y cómo ha sido este progreso, esta evolución al DAAB, que ahora todos escuchamos: prevención-prevención.

El DAB que fue hecho como en los años setenta hasta el 2017. El 2018 entiendo que el Fidic ya incluye la siguiente «A», que es el *avoidance*; la prevención.

Ahora, aquí es donde entra lo que les quiero plantear, que es el tema del *partnering,* porque se tiene el tema del contrato colaborativo, pero para que sea colaborativo debe tener el equipo de proyecto en una nota colaborativa.

¿Cómo logramos eso? Bueno, cada proyecto es único, como sabemos, sus prioridades de riesgo varían; sin embargo, el mayor riesgo de los proyectos tiende a ser la implementación integral. Ese es, como ustedes saben, la primera área de conocimiento del PMBOK, que es cómo integras todas las otras áreas de costo, alcance, procura, recursos humanos, etc.

Fomentar y alinear el objetivo, la actitud del equipo, la comunicación y la honestidad, confianza, compromiso es crucial, y digo crucial porque es la plataforma que nos permite seguir un proyecto saludable a futuro.

Y la metodología de *partnering* contribuye significativamente a este objetivo. Proyectos que yo he tenido como experiencia personal son esos. Conocí esta metodología de *partnering* con la embajada americana en los noventa, la Usaid, y la implementamos en La Videna.

Pero una de las cosas, ya entrando a la parte humana, este es un *slide* que hice en una presentación antigua que me gustó, que es entender en estos talleres iniciales del proyecto los riesgos, los intereses; y, bueno, acá, pues, ya sabemos el tema de la Contraloría, el funcionario público y los *stakeholders*.

¿Qué cosa es *partnering*? Es una técnica colaborativa que busca crear un ambiente de confianza, respeto, seguimiento de responsabilidades, *accountability*. No he encontrado muy bien la traducción de

accountability. Importante esa palabra. Habría que ver cuál sería la mejor, pero acá lo he puesto como «seguimiento» de responsabilidades, compromiso entre los miembros del equipo del proyecto. Esta es la definición en el PMBOK del PMI.

Bueno, los objetivos del *partnering* son: uno es alinear valores, y eso es, yo creo que es un reto bien importante. Hay equipos que ya los tienen y hay equipos que no. Ayer que Leonardo Chang nos hablaba de este terrible tema de que la entidad no paga la JRD para que se termine la JRD, me parece. Yo le hablé a Leonardo ayer y le digo: «Mira, esto se puede hablar dentro de los compromisos del *partnering* porque, al final, haces como una constitución de los compromisos que se han acordado». Y me dice: «¿Qué te garantiza que firmen el compromiso y después no lo cumplan?».

Bueno, esa ya es una parte legal. Ese es un tema contractual. El *partnering* se encarga de la parte humana.

Acá hay unos valores, esto es parte de la presentación en La Videna que era compartir, idealmente, los *partners* deben compartir el mismo set de objetivos y para esto se hacen talleres al comienzo y de manera periódica, según el tipo de proyecto y según los *stakeholders* que uno ve.

Crear las expectativas claras, la confianza que sabemos que es el gran tema y se hace como prácticas agradables con la gente involucrada, no solamente se invite a las partes, se inviten a los *stakeholders*, por ejemplo, para la embajada americana invitamos al alcalde, invitamos al embajador americano, hasta los más altos. Ahí participó Graña & Montero, invitamos al gerente general, invitamos al Presidente de la República, obviamente, no fue, pero la idea es que para que se firme el compromiso esté la gente más alta, esas organizaciones para que el gerente de proyecto se sienta comprometido también.

El compromiso entra, pues, obviamente, en el *partnership*. Responsabilidad, muy importante el tema del coraje, hay que tener ese coraje de atacar los problemas de frente. Eso está muy bien puesto en el NEC, alertas tempranas, entendimiento, respeto, excelencia.

Entonces, estos talleres de *partnering* y lo que yo planteo es que el DAB pueda coordinar así como una visita presencial al comienzo para crear la confianza, conocerse entre las personas del equipo, pero también para instruir porque sabemos que, muchas veces, hay falta de conocimiento en el gerente de proyecto, en los gerentes de proyecto, y dar las responsabilidades de cada uno y ese tipo de cosas.

Entonces, este análisis que comparto con ustedes viene de la extensión del PMBOK para la construcción, donde se ve, pues, calidad, seguridad y procesos de trabajo en equipo. Y con esto uno puede evaluar con qué equipo uno está, que es algo que tenemos que hacer nosotros como DABs y como JRD, porque acá ya entra la otra parte. Se tiene el contrato, acá entra ya la parte humana: nuestras habilidades blandas, que es el siguiente panel.

Me encanta esta cláusula que todos la conocemos, que las partes, incluso, el supervisor, deberán cumplir con las obligaciones previstas en espíritu de confianza y esa cooperación mutua que tanto nos cuesta, a veces.

Muchas gracias.

León López: Muy bien, muchas gracias, ingenieros, doctores, abogados. Ha sido bastante interesante hablar de este tema de los riesgos.

Haciendo una pequeña síntesis, solamente para no perder las ideas, hay una gestión de riesgos que se tiene que hacer desde planificarla hasta controlarla. ¿Para qué? Para que los riesgos siempre los tengamos presentes.

Hay que tener en cuenta la parte cuantitativa. ¿Qué significa hacer una gestión de riesgos? No solamente identificarlos. Significa también saber qué hacer ante un riesgo y, sobre todo, cuándo el impacto es en tiempo y costo, como decía Víctor. Ahí hay análisis cuantitativo, probabilístico, científico, matemático y demostrable, es decir, no es plata para la coima, es para cubrirnos de riesgos, para que tanto contratista como entidad manejen los riesgos.

Tenemos la parte de fuerza mayor y riesgo imprevisto. No se trata de asignar por asignar. No se trata de «le paso el riesgo al contratista y me salvo», o «es de la entidad y de ahí yo veo». Alguien tiene que asumirlo y la ley nos dice «el que está en mejores condiciones de hacerlo», evidentemente.

Desmitificar un poco que la industria privada puede hacer lo que quiera. Tiene más controles que la industria pública, ya que hay grandes conglomerados y financieros, etc., que exigen esto. Y se hace el análisis cuantitativo porque, justamente, ese es el que nos permite a nosotros saber qué hacemos si hay un riesgo.

Finalmente, Glenn nos habla de algo que ya viene proponiendo hace tiempo: el *partnering*, el trabajo mutuo, la colaboración no es una declaración, es un compromiso, es algo que tenemos que hacerlo y debemos tener como meta lo que todos sabemos: que el proyecto se haga.

Muchas gracias y quedamos a sus órdenes.

Karina Zambrano: Muchísimas gracias, León. ¡Qué panel! Muy técnico.

Glenn Cameron: Cuéntame… es difícil *accountability*.

Pablo Fanelli: Lo que te decía, *accountability*, está relacionado, como dijo Glenn, a la responsabilidad, pero más que nada con cumplir. Dice: «una persona *accountable* siempre hace lo que dice, que también está relacionado con *reliable*. *Accountability* no tiene traducción.

Karina Zambrano: Un fuerte aplauso al panel.

PANEL XI. ARBITRAJE DE EMERGENCIA VS. MEDIDAS CAUTELARES

Juan Carlos Pinto [1]
Mario Drago [2]

[1] Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio Fundador PRAE. Árbitro- miembro del DAB. Miembro del Centro Mexicano de Arbitraje (CAM), Câmara de Arbitragem e Mediação de Santa Catarina - Brasil, Centro de Resolución de Disputas de la Universidad Católica del Perú CARC-PUCP, OSCE, CIP y otros. Estudios de Postgrado: FIDIC Contracts (King's College - Londres); International Commercial Arbitration (Washington College of Law WCL - AU) y CIAMEN Madrid. Maestría en Políticas Públicas y Gestión (PUCP). Arbitraje en Contratos Públicos por la Universidad ESAN.

[2] Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Programa de Políticas Públicas, Universidad del Pacífico. Profesor del Programa de Eco. del Comportamiento en la U. del Pacífico.

Mario Drago: […] o derogar este beneficio que se había otorgado a los que traían las cobras muertas.

¿Qué es lo que pasó? Uno diría, bueno, dejaron de beneficiarse ilícitamente o de abusar de ese derecho.

Lo que pasó, en realidad, fue que los criadores de cobras soltaron a las cobras porque ya no era un buen negocio, y más bien se triplicó el número de cobras. El resultado fue peor de lo que se esperaba. ¿Y qué es lo que pasó? O sea, cómo podemos vincular esto a este caso, en particular, a un análisis de impacto regulatorio y de calidad regulatoria deficiente.

Hoy, el Estado peruano tiene implementado un análisis de impacto regulatorio. Solo hay manual de impacto regulatorio *ex ante*, todavía no ha sido publicado, hasta donde yo tengo entendido, el impacto regulatorio *ex post*, y lo que hace esto es, simplemente, evaluar si la norma toca el problema.

Y aquí lo que quiero hablar con ustedes muy brevemente porque eso es un proceso que dura años, es si el proyecto de norma toca el problema.

Este era el proyecto de ley que les mostraba y esta es la propuesta normativa, modificar la Ley de Arbitraje y decir: «En los casos en los que el Estado peruano es parte está prohibido solicitar el inicio de arbitraje de emergencia, de arbitraje *express*, de arbitraje acelerado o similar, a fin de emitir medidas cautelares».

Y es como querer pedir que los accidentes de tránsito, prohibiendo los carros, básicamente.

Evidentemente, vamos a lograr que no haya accidentes de tránsito si no hay carros.

La pregunta es si esta es la mejor solución para el problema que plantea el propio proyecto de ley.

¿Cuál es la problemática que plantea el proyecto de ley? Dice en el punto número 1: «Ausencia de centro arbitral: Los contratistas recurren a cualquier centro de los 225 registrados en el Renace».

Existen medidas cautelares de emergencia, un número importante de contratistas ha logrado tener resoluciones cautelares emitidas por centros de arbitrajes, básicamente, truchos. Entonces, eso definiría todo. No piden contra cautela, no miden la urgencia, no hay ningún condicionamiento.

Y, en realidad, estos problemas parecen, o, si vamos a la práctica, son problemas reales. De hecho, lo que debemos, entonces, y así lo dice el proyecto de ley y todos lo podemos reconocer también en la práctica, es que hay una problemática, y la problemática está en: Hay un problema en el Renace en la calidad de los árbitros, hay un problema en la calidad de los centros, hay un problema en que no hay lineamientos adecuados que hagan que estos centros, o se limiten o trabajen mejor, o sean mejor fiscalizados.

Básicamente, lo que está proponiendo esto es que hay un problema de fiscalización de las personas que ejecutan la norma, y como hay un problema de fiscalización en las personas que ejecuten la norma, lo que tendríamos que ver es cómo solucionamos el problema que estamos planteando. Y esto es a través de un proceso que evalúa necesidad, legalidad, efectividad, no voy a detenerme en cada pregunta porque podríamos acá dedicarle una hora a cada uno.

La pregunta es ¿esto soluciona el problema? ¿Prohibir el arbitraje soluciona el problema del Renace? ¿Soluciona el problema de la corrupción? ¿Soluciona el problema del Poder Judicial? Yo creo que la respuesta es negativa.

Esos son los problemas que plantea el proyecto de ley y esta es la solución que plantea el mismo proyecto de ley para combatir el problema del Renace: para combatir el problema de la fiscalización de los centros, prohibamos el arbitraje de emergencia. El arbitraje de emergencia es exitoso en todo el mundo o no es exitoso, no por los centros, no por la existencia misma del proceso, sino por la calidad de los centros.

Y solo para volver al ejemplo que había planteado Juan Carlos hace un momento, que es este caso, que ha sido resuelto en la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Huancavelica y un Consorcio frente a un arbitraje de emergencia. Vemos que la solución sí es posible y el Poder Judicial la ha aplicado bastante bien acá. Acá lo que dice es: «El Consorcio ha ido a un centro de arbitraje que no tiene regulado el arbitraje de emergencia, y eso hace que no sea competente para eso». Pero no reconoce que el arbitraje de emergencia sea malo. De hecho, dice que sí existen centros de arbitrajes serios, como la Cámara de Comercio de Lima, por ejemplo, que sí lo regulan, y cuando sí lo regulan, sí se puede aplicar.

Entonces, lo que deberíamos hacer nosotros no es discutir si esto está mal, si el arbitraje debería ir o no, más bien, discutir el problema fuente. El problema fuente no está en la institución del arbitraje de emergencia. El problema fuente está en cómo hacemos que esos 200 centros de arbitraje, que no son serios, o se vuelvan serios, o no existan, o puedan ser fiscalizados, y esos cientos de árbitros que aparecen un día y desaparecen al día siguiente, puedan o no ejercer jurisdicción sobre dos empresas o una entidad estatal que no están buscando aprovecharse del sistema, sino tratar de que esto sea, realmente, eficiente y efectivo, para que, al final, en la meta, que es cuando sale el laudo, la parte que tiene el problema no vea imposible la ejecución de su laudo.

Eso es, en realidad, hay un montón de preguntas, ciertamente, pero creo que el problema está siendo abordado de manera equivocada, y por ahí deberíamos comenzar.

Gracias.

Juan Carlos Pinto: ¿Alguna pregunta?

Bueno, como una de las conclusiones después de haber escuchado a Mario, que por tratar de solucionar el problema de la contratación pública se está contaminando la regulación casi perfecta que existía en el arbitraje comercial en la Ley de Arbitraje. Y quizás sí haga sentido, como mencionaba ayer Manuel Diego y otros buenos amigos y colegas, separar la materia.

Participante del público: Gracias, para Mario la pregunta.

Ayer hemos estado, diríamos, hablando de la necesidad de continuar con el RNA o de derogar el RNA. Ha habido toda una discusión.

Y tomando en consideración lo que has mencionado ahora sobre la calidad, diríamos, regulatoria de las normas, consideras, haciendo un poco de similitud con lo que acabas de decir, que mientras para decir si es bueno el RNA o no es bueno el RNA, tendríamos que partir, hacer un análisis, tomando como consideración este tema de la calidad regulatoria. Me gustaría escuchar tu opinión, en el tema este del RNA, pero, desde tu punto de vista regulatorio.

Mario Drago: Gracias.

No sé si opinarán igual que yo. Yo me acuerdo cuando trabajaba en el Estudio Bullard, hace muchos años, a Alfredo le mandaron un correo diciéndole que tenía que acreditar si era buen árbitro, básicamente, cuando en ese momento era, bueno, creo que hasta ahora debe ser *top* 10 de los mejores árbitros del Perú, y él, simplemente, decidió no renovar nunca más su registro porque dijo: «Esto es ridículo».

O sea, la forma como se evalúan a los árbitros es ridícula, y me acuerdo claramente, porque, además, yo llevé la carta al Consucode en ese momento, renunciando completamente a la posibilidad de ser árbitro, y creo que el problema está en, por lo menos, el problema que yo he tenido como litigante, es no encontrar, necesariamente, árbitros disponibles en todo momento para el tipo de controversia que necesito.

Yo he recusado muchos árbitros que están en el RNA porque tienen veinte arbitrajes con la misma institución, y entiendo que parte del problema que se genera de que haya pocos árbitros, creo que antes de pensar en modificar el arbitraje de emergencia, por lo menos, o el proceso mismo, deberíamos pensar en modificar la forma en cómo se evalúan a los árbitros del registro. Eso sí.

Esa es mi opinión. No sé si, de repente, aquí hay árbitros registrados que dicen que «no, está muy bien, y los que estamos está perfecto y podemos debatirlo», pero mi opinión es que ese registro tiene que ser mejor evaluado y más abierto, por lo menos, creo que generaría mejores condiciones para la elección de árbitros.

Juan Carlos Pinto: Yo quisiera complementar un poco, coincido con la conclusión, pero eliminar el RNA significaría confiar totalmente en los centros arbitrales porque son ellos los que van a tener las listas de los árbitros que van a resolver contratación pública.

Esos árbitros tienen la especialización, bueno, las partes son las responsables de elegirlos, no culpa *in eligendo*, si quieren decirlo de algún modo. Pero, claro, habría que combinar eso con una fiscalización para acreditar los centros arbitrales. O sea, no puedes confiar en los centros si es que puede ser cualquier centro. Como decían, hay más de 225 centros arbitrales registradas, pero hay muchos más.

Pero, hay una reflexión detrás, de mi parte, al menos, y es que, digamos, algunas instituciones arbitrales ya tienen bastante poder sobre el tema arbitral, y no creo que esto tampoco sea algo muy saludable entregarles todo el poder.

El RNA, desde mi punto de vista, lo que tiene que hacer es mejorar, como bien ha señalado Mario, en la forma de evaluación y calificación de sus árbitros. O sea, no puedes tomarle un examen memorístico, y decir que por eso ya está calificado.

Las materias especiales que requiere la contratación pública son claras, pero también hay otros criterios, los cuales sí se aplican en la Cámara, en la PUCP, en Amcham, en cualquier otra institución arbitral que ustedes, medianamente, puedan bien recordar, pero creo que ahí el problema tiene que ser abordado desde muchos otros puntos de vista y análisis. No solamente es hay que eliminarlo. Me parece que ir a la base-raíz.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: A ver, quiero, me permiten…

Juan Carlos Pinto: Gonzalo, por favor…

Gonzalo García-Calderón Moreyra: No quiero pontificar ni nada, pero, a ver, el problema del RNA y el problema del árbitro de emergencia, es un problema por la estupidez del propio Estado. El Estado peruano ha decidido: «Esto no se aplica». No hay problema en el arbitraje privado. Lo vuelvo a decir, en el arbitraje con el Estado, porque el Estado lo ha decidido así, no hay arbitraje *ad hoc*, hay arbitraje institucional, y porque el Estado lo ha decidido, no ha establecido parámetros para elegir adecuadamente a los árbitros.

Históricamente, no existía el RNA y el Estado designaba árbitros, y, claro, ocurría lo que todos nos imaginamos, el presidente del gobierno regional de turno no designaba a un especialista, sino designaba a su amigo del partido, que de arbitrajes sabía nada; y, en consecuencia, se creó el RNA. Esa es la realidad.

Entonces, ¿quién sale perjudicado por una lista donde no existe el número adecuado de árbitros donde los procuradores no pueden elegir árbitros, como acaba de mencionar Mario, árbitros que tengan un *expertise* en seguros, en minería, en securitización, en contratación moderna, en lo que sea porque no lo consiguen porque la lista es reducida. El único perjudicado es el propio Estado.

Si estuviese alguien pensante del Estado y dijese, además del RNA, vamos, por ejemplo, a permitir que el procurador general, que la comisión creada invite a «X», «Y», «Z» a personas que tengan los siguientes registros, que tengan veinte años, lo que sea, lo que les dé la gana, es problema del Estado, vuelvo a decirlo, no del particular. El particular elige a quien le da la gana, el Estado no.

¿Quién sale perjudicado? El Estado, nosotros, porque está en juego el dinero de todos nosotros.

Entonces, el Estado tiene que poner coto a un problema generado por el propio Estado. Igual sucede con los centros de arbitraje. Los centros de arbitraje privados tienen su propia regulación, etc. El Estado saca una norma, no tiene que ser una ley, un decreto de cualquier jerarquía, no lo sé, que diga cómo está establecido, «para poder registrarse o para poder una entidad del Estado pactar arbitraje institucional del centro de arbitraje como El Correcaminos, ACME Sociedad Anónima, se debe cumplir con los siguientes requisitos». Es responsabilidad del Estado. El Estado es el que está poniendo el problema y no está generando la solución. Ese es el punto.

Lo que tenemos que hacer es forzar al Estado a que establezca mecanismos inteligentes para poder designar árbitros y para poder tener centros de arbitraje serios. Pero está en manos del Estado, no está en manos de nosotros. No está en manos de los particulares.

Evidentemente, estará en manos de nosotros proponer alternativas, y que estas sean aceptadas, pero parece que no funcionan esas alternativas.

Eso es. Gracias.

PANEL XII. HABILIDADES BLANDAS DE LOS MIEMBROS DAB-JRD PARA PREVENIR CONTROVERSIAS EN OBRA Y/O CONSTRUCCIÓN

Pablo Fanelli [1] (moderador)
Pablo Cobar [2]
Fátima Bonassa [3]
Natalia Barreda [4]
Alex Campos [5]

---

1 Ingeniero civil ítalo-argentino graduado en la Universidad Nacional del Sur y en la Universidad La Sapienza de Roma. Colegiado por el Ordine degli Ingegneri della Provincia di Roma, con una Maestría en Administración de Empresas Internacionales. Es *Fellow* en Arbitraje Internacional del Chartered Institute of Arbitrators y es miembro de la Dispute Resolution Board Foundation. Experto en la gestión de contratos y reclamaciones. Cuenta con una amplia experiencia en ámbito internacional en proyectos complejos de infraestructura civil en ocho países diferentes de Europa y Latinoamérica.

2 Ha sido consultor legal en temas de gobierno corporativo, análisis de estados financieros, diseños de acuerdo de accionistas, proyectos de reestructuración corporativa para compañías nacionales e internacionales, así como para centros educativos. Ha fungido como abogados de compañías internacionales en materia de propiedad intelectual, para registro, modificación y renovación de signos distintivos y patentes de invención, y en el ámbito académico, ha sido profesor y conferencista de dichas materias en distintas universidades, así como para la Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial. Notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala y Máster en Economía por la Escuela de Negocios de la Universidad Francisco Marroquín y el Centro de Estudios Superiores Online Manuel Ayau de Madrid.

3 Abogada por la Universidade de São Paulo - USP. Cuenta con Doctorado en Derecho Internacional en la USP. Maestría en Derecho Económico y Financiero, Facultad de Derecho de la USP. Responsable de Bonassa Bucker Abogados, fundada en 1989.

4 Arquitecta por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa y por la Universidad de Sevilla, España. Cuenta con un Máster de Urbanismo y Ordenación del Territorio por la Universidad de Sevilla. Asimismo, es técnico urbanística en España asociada al Colegio de Arquitectos de Sevilla. Cuenta con un Máster en Prevención de Riesgos Laborales en España. Adicionalmente, cuenta con un MBA por el IESE Business School. Presenta un Diploma en Contrataciones del Estado en Perú por la Universidad Continental, tiene estudios de Gestión de Proyectos por Massachussetts Institute of Technoloy. Practitioner en Programación Neurolingüística del Instituto DEHAC Denver Colorado USA, y muchas otras más experiencias.

5 Abogado con más de veinte años de experiencia en Derecho de la Construcción y Arbitraje. Socio fundador de la firma peruana Campos/Arbitraje e Infraestructura (CAI). Magíster por la Universidad de Nueva York (NYU). Expresidente de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Profesor de la Universidad del Pacífico y de la Escuela de Postgrado Gerens. Árbitro registrado en la nómina de la Cámara de Comercio de Lima, (Amcham Perú y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pablo Fanelli: Quiero agradecer, queremos agradecer a la Asociación Zambrano y al Círculo de Arbitraje con el Estado, a Karina y a Abel por esta invitación.

¿Qué es esto de las habilidades blandas?, también conocidas como habilidades interpersonales de las que se oye hablar hace ya muchas décadas, pero que en los últimos años con más y más insistencia.

Son las que se refieren a la forma en que nos relacionamos entre nosotros. La forma en que interactuamos. Y estas habilidades relacionadas son las que están relacionadas con la inteligencia emocional, la comunicación activa, la gestión del estrés, la persuasión, por nombrar algunas, son habilidades subjetivas. Acá hemos tenido varias ponencias y paneles que cuantifican todo. Los riesgos era el anterior. Y estas habilidades son habilidades subjetivas, por lo tanto, son mucho más difíciles de identificar que las llamadas habilidades duras o capacidades técnicas de las que todas estamos mucho más familiarizados.

Obviamente, que junto con las imprescindibles habilidades duras o capacidades técnicas que, obviamente, deben poseer los miembros de DAB o JRD, tales como conocer profundamente el proyecto, la capacidad de análisis crítico del contrato, la capacidad de resolver problemas técnicos, los conocimientos normativos de que se trate en el contexto del proyecto, etc., etc., etc.

Las habilidades blandas se han transformado en indispensables para poder ejercer la función facilitadora.

Yo siempre uso esta palabra. Nosotros, el *dispute board,* los miembros del *dispute board* tienen que ser facilitadores. No voy a entrar otra vez, no sé, Luis, con el tema de gestores, obviamente, estamos todos de acuerdo en que no gerencian, pero a mí no me gusta usar la palabra que el DAB gestiona. Son facilitadores, digamos, que siempre con más insistencia, y los miembros del DAB están llamados a prevenir.

La fortaleza de este instrumento que yo diría único, instrumento único es la de poder, realmente, en tiempo real, prevenir las inevitables diferencias o discrepancias que surgen en el proyecto, prevenir y evitar que se conviertan en largas y penosas controversias o disputas, que tendrán que ser, obviamente, resueltas a través de otros mecanismos como el arbitraje o la litigación.

Vale mencionar solo un ejemplo y mirar las estadísticas que muchas instituciones publiquen, en donde vemos que el motivo principal del fracaso de muchos proyectos es el personal clave del proyecto, y nos preguntamos por qué, siendo que todos los procesos de licitación tienen muchas exigencias o requerimientos para que los del personal clave, los *managers* sean de altísima calificación y de reconocido nivel.

La única respuesta que encuentro a esta pregunta es que no es suficiente, obviamente, es imprescindible, pero no es suficiente las habilidades duras o los conocimientos técnicos, si no están acompañadas de habilidades blandas, si realmente queremos realizar la función que, en mi opinión, es para donde vamos, que es la función preventiva.

Para resolver cuando la disputa llega y cuando la controversia llega para resolverlas, yo creo, pues, es una opinión muy personal, hay otros mecanismos más apropiados. Tenemos que apuntar… no por nada, en el 2017 el Fidic agregó la segunda «A» de la que hablaba Glenn, *avoidance*. Y en esa dirección vamos.

Los *disputes* empezaron como *ad hoc* para resolver controversias, y ahora estamos yendo en la dirección de prevención.

La primera pregunta la va a responder Pablo Cobar. La palabra es tuya.

Pablo Cobar: Gracias, querido Pablo.

Estas habilidades que voy a mencionar muy brevemente, lo cierto es que no nos las enseñan en ningún lugar. No hay una universidad, al menos, en mi experiencia en el pénsum de estudios de abogacía, no había una clase o un catedrático que se esmeró por inculcarnos o enseñarnos estos temas, más bien, yo los he ido aprendiendo en la experiencia, trabajando años, identificando casos en los que las pueda llevar a cabo y cometiendo errores. Errores durísimos que me han dado unas lecciones muy importantes y los voy a mencionar.

La primera creo que es bien fácil identificarla y muchos la mencionan, que es la capacidad de comunicación efectiva, que no solo abarca la capacidad de escuchar con atención, sino poder transmitir una idea de forma clara y de forma simple.

Me encantó ayer la explicación que nos dio durante la cena, no recuerdo tu nombre, allá atrás, Carlos.

Hablando de todo esto nos dio de una manera clara, y nos explicó, utilizó un ejemplo de explicar de forma muy clara un concepto de ingeniería.

Hay que tener esa capacidad de explicar y de hablar de forma clara y de forma simple. Y eso tiene que ver mucho, a veces, con el ego de nosotros, como profesionales, de que queremos apantallar o impresionar a través de utilizar un lenguaje muy elaborado o muy técnico. Y eso puede ser contraproducente.

Otra habilidad es la empatía. La neutralidad de saber ponernos en los pies, en los zapatos, más bien, en los pies no, en los zapatos de las partes involucradas en un proceso. De entender su perspectiva y de tomar en consideración sus deseos y sus preocupaciones a la hora de proponer una solución.

Y esta que voy a decir ahora parece como muy obvia, pero es muy difícil tenerla, que es la habilidad de resolver conflictos y de negociar. No todos la tienen, y, simplemente, no todos los árbitros y no todos los miembros de un *dispute board* hacen o pueden tener esa habilidad. Pero, es bien importante tener esa capacidad de entender un problema y de proponer una solución justa y evitar irnos a los extremos.

Habilidad analítica. Yo considero que esta habilidad, normalmente, los abogados, estamos más entrenados y capacitados para esto, para descomponer un problema en sus aspectos principales, y encontrar el punto exacto, y entender cuál es el problema, y a partir de ahí determinar una resolución.

Y aquí dejo la pelota rebotando en el aire para ver qué piensan todos porque, pues, yo pienso que los abogados tenemos un mejor entrenamiento para eso, pero, de pronto un arquitecto o un ingeniero puede tener mayor estructura en su pensamiento para poder resolver un problema, liderazgo y saber cómo gestionar los tiempos.

Un miembro de *dispute board*, especialmente, el presidente tiene que liderar agendas, hacer que se cumplan plazos y poder coordinar la participación de todas las personas.

Por último, integridad y ética. Básicamente, actuar con honestidad y transparencia durante todo el proceso.

Y la gran pregunta aquí que yo les quiero plantear a todos es ¿estas habilidades realmente las podemos desarrollar, las podemos adquirir o se aplica el viejo y conocido dicho de: «lo que Natura no da, Salamanca no lo presta».

Esto se habló ayer durante la cena y me llamó muchísimo la atención, pues, creo que es interesante poder reflexionar en ello.

Así que le cedo el micrófono a mis compañeros.

Pablo Fanelli: Muy bien, la pregunta que hiciste la va a desarrollar nuestra querida Fátima Bonassa: ¿cómo desarrollar habilidades blandas en los miembros DAB/JRD de un proyecto de construcción?

Fátima Bonassa: Bien, buenas tardes a todos.

Las habilidades blandas suelen ser un don y no se pueden desarrollar.

Yo pienso que no. Voy a hacer un contrapunto aquí.

Como todos los que intervinieron ahora las habilidades blandas que son los *soft skills,* son todas esenciales para que los DBS y las JRDS tengan éxito en la prevención de las disputas.

Hoy, el DB, como también fue referido aquí, asume un rol de prevención, muy importante, quizá el más relevante en la actuación del DB.

Todos dicen que el DB que tiene éxito es un DB que no resuelve, que no emite decisiones y recomendaciones, pero que lleva el contrato hasta el fin sin conflictos.

Es importante la función que también ya refirió Pablo, que en el 2017 el FIDIC incluyó una atribución clara y directa para el rol de prevención de las disputas. También las reglas de la ICC hacen lo mismo.

Pero, para esta prevención es tan importante la prevención que el propio FIDIC publicó el año pasado una nota práctica para la prevención de disputas, indicando unas tareas básicas que el DB debe realizar para intentar evitar los conflictos, las disputas.

Todas estas tareas que están incluidas en las notas técnicas pasan o dependen de las habilidades blandas.

Bien, ¿cómo una persona que no fue agraciada con los dones de la Natura, el Dios puede ser integrante del DB? No puede, no, no es verdad. Para mí todas las habilidades sean más filosóficas, como dijo Pablo, o más técnicas pueden ser desarrolladas,

Técnicamente hablando, el desarrollo de las habilidades depende de una formación adecuada. Lo que ocurre es que, aparte, a excepción de los talleres que promueve el DRBF, que busca hacer la diseminación de esta práctica, nosotros no vemos cursos o escuelas de formación que ofrezcan este tópico especial, que es dirigido a miembros o potenciales miembros de DB para su formación.

Entonces, debemos utilizar otros tipos de cursos, pero con la salvedad de que no es porque yo voy a hacer un curso como voy a hablar aquí, de mediación, que me convierta en un mediador sentado como DB. No es esto.

Entonces, se puede hacer, por ejemplo, un curso de mediación de formación. ¿Por qué? Porque la capacitación proveerá a los profesionales las habilidades para ayudar a las partes a superar la cultura adversarial, que esto es un gran logro que es muy importante, porque las partes llegan con una cultura adversarial de conflicto. Desarrollar es cuota activa que es muy importante.

Desarrollar la capacidad de desarrollar preguntas apropiadas, en lugar de expresar juicios porque el DB no está ahí para juzgar, está ahí para evitar disputas o para emitir sus recomendaciones.

La capacidad también del desarrollo de preguntas de realizar lo que llamamos un control de realidades, que es *reality task*, que los mediadores lo hacen muy bien, animando a los participantes a considerar los riesgos que ellos tienen y las alternativas que tienen también, en lugar de una solución consensuada.

Mantener el foco en los intereses de las partes del proyecto, lo que es más importante, los intereses del proyecto, no en las posiciones que las partes sustentan. Esto es muy importante. Para hacerlo, tienen que tener técnica, no es una inspiración filosófica. Discúlpeme.

Y también, para mantener un ambiente propicio para la manifestación de ambos lados.

Este punto es, en especial, fue incluido en las notas del Fidic. Voy a leer: «Comunicación efectiva. La Junta de Disputas debe promover un diálogo abierto para crear un ambiente de confianza e inclusión. Se prevé que debe ser como política de comunicación establecer una política de comunicación».

Establecer una política de comunicación. Esto es muy importante. Esto no es una situación hipotética. Es una actuación muy clara.

Además, se puede también adquirir las herramientas de las habilidades blandas por medio de capacitaciones de negociación, como negociadores.

El DB no será un negociador, pero con estas herramientas va a ayudar a las partes a llegar a un buen puerto.

Como el tiempo es escaso, voy a parar. Después, tres minutos. Tengo más, está bien.

Gracias, muchas gracias.

Pablo Fanelli: Bien, pasamos a la tercera pregunta. La va a abordar Natalia: ¿cómo pueden los miembros DAB/JRD poner en práctica con éxito las habilidades blandas necesarias para ayudar a prevenir las disputas en un proyecto de construcción?

Natalia Barreda: Gracias, Pablo.

Hablando de cómo pueden los miembros DAB/JRD poner en práctica con éxito las habilidades blandas, primero es que tenemos que tenerlas. Eso, principalmente.

Entonces, hay una cosa: «lo que somos en casa, es lo que irradiamos hacia afuera». Primero yo considero que es muy importante que el equipo o el plantel técnico del DAB sea cohesionado.

O sea, recordemos que, muchas veces, aunque tengamos referencias profesionales, unos de los otros, no hemos trabajado en conjunto, y, si hemos trabajado en conjunto, quizás no específicamente siendo JRD o DAB. Entonces, sí es muy importante trabajar en equipo, ser cohesionados, hablar mucho entre nosotros, para saber cuáles son las fortalezas y debilidades que pueden tener los miembros del DAB. Apartar los egos, porque recordemos que venimos con mucha experiencia profesional, los que somos técnicos y los que son abogados, y luego, conjugar eso entre tres personas que creemos que podemos tener la razón bajo la experiencia que hemos tenido, a veces, es difícil.

Entonces, yo creo que es muy importante primero que nosotros seamos un buen equipo porque, siendo nosotros un buen equipo, podemos esperar que los que tenemos en frente también sean un buen equipo.

Si nosotros no estamos alineados en nuestros objetivos, como equipo de JRD o DAB, difícilmente vamos a lograr que los que estén en frente también alineen sus objetivos.

Y luego, ¿cómo podemos llevar todo esto a la práctica?

Como ha dicho ya Luis Pablo y también Fátima, hay una serie de actitudes que se deben tener. La comunicación efectiva, bueno, la empatía, etc. Entonces, bajo mi experiencia, en los DAB y JRD que he estado, en nosotros han funcionado muy bien los talleres.

Si bien es cierto, tenemos las visitas a obra, y, luego, tenemos las audiencias que pueden darse, pero también los talleres ayudan mucho a alinear sus objetivos.

Entonces, recordemos que nosotros somos un plantel técnico y que lo que va a resolver son controversias técnicas o va a prevenir controversias técnicas siempre dentro de un marco contractual.

Entonces, son importantes esos talleres para saber qué es lo que se va a resolver y ayudar a las partes a que puedan llegar a un buen término, a que puedan negociar.

Como decía Fátima, no es que nosotros vayamos a negociar con ellos, pero sí tener la habilidad de que los distintos puntos que se tienen lleguen a un punto a en común.

Hemos visto también, a lo largo de las ponencias, cuando hemos hablado de las partes, bueno, cuando son privados o son públicos, y aunque lo óptimo siempre sea que no haya controversias en el sentido de tomar decisiones, ya sea por controversias o por las sumisiones, muchas veces, se dan. Y se dan porque, no siempre, todas las partes pueden llegar a acuerdos, y, a veces, es por la toma de decisiones.

Glenn hablaba, cuando expuso, acerca, justo, de estas constituciones o documentos a los que puedan llegar las partes para que se establezcan las directrices. Muchas veces, por lo menos, con las entidades, con la rotación que hay también de técnicos y de autoridades, es muy difícil y complicado. No quiere decir imposible, pero sí puede llegar a ser complicado.

Entonces, hay que tener en cuenta que, muchas veces, la habilidad que debemos tener como JRD o DAB, es que las partes, que son con las que compartimos la obra, es decir, ya sea residente, gerente de proyectos, coordinador de obras, etc., logremos entre todos poder tomar decisiones acerca de las controversias que puede haber técnicas durante la ejecución de la obra.

Hablábamos también, cuando hemos tenido las charles entre el panel, sobre qué casos de éxito se puede ver cuando uno habla de cómo aplicamos estas habilidades blandas, y, entonces, yo me voy a permitir mencionar dos. Uno que está aquí presente, que es Carlos López, porque, de hecho, ya se ha visto en otros foros que hemos hablado, que él tiene o ha presidido una JRD, creo que ha sido como adjudicador único, en la que la obra en la que ha estado ha tenido cero controversias. Por ejemplo, ese es un caso de éxito.

Evidentemente, tiene que ver mucho con las habilidades blandas que puede tener Carlos, pero yo… hay una cosa que sí, en mi opinión, lo tengo muy claro.

Si bien es cierto hay que utilizar habilidades blandas, hay que tener muy claro que las cosas se dicen. Lo que es, es, y lo que no es, no es. Lo podrás decir de la mejor manera, pero no podemos ser tibios. O sea, nosotros, lo que estamos es liderando para que puedan alinearse objetivos. Y una cosa muy principal y como habló hace un momento Pablo, es muy importante e imprescindible las capacidades y la experiencia técnica que se pueda tener. Entonces, porque la habilidad blanda lo que permite es comunicar esa experiencia para que se puedan alinear objetivos.

O sea, solo sabiendo hablar bien o escuchar bien o tener empatía no es suficiente si eso no va acompañado de lo otro. Es un binomio.

Muchas veces todos tenemos habilidades blandas. Los que tenemos hijos sabemos cómo reñir, a veces, a nuestros hijos. Somos autoritarios o, a veces, nos da más penita, y, entonces, lo hacemos de otra manera. Vamos aprendiendo en el camino.

Entonces, sí hay cosas que son inherentes. Lo que pasa es que, en este, en el ámbito profesional, herimos susceptibilidades, porque herimos egos, y, de hecho, a veces, utilizamos nuestros propios egos para ello.

Entonces, no me quiero extender más, y una cosa que para mí sí quería compartir, es que creo que cuando nosotros aprendemos a cuestionarnos, es cuando recién aparecen las posibilidades de mejora. Y eso no solo en este ámbito de poder resolver controversias, sino en todos los ámbitos de nuestra vida.

Si en algún momento nosotros podemos decir: «quizás no tenga la razón», pero hay momentos en los que digo, bueno, quizás no tenga razón, pero qué es lo que me está transmitiendo la otra persona.

Entonces, es importante eso porque es cuando recién podemos mejorar. Solo cuando nos cuestionamos, nosotros podemos tener esa oportunidad de mejora. Y cuando tenemos esa oportunidad de mejora es cuando afloran todas las posibilidades para que podamos utilizarlas como herramientas también hacia los demás.

Y solo para culminar que hay una cosita que se me había pasado era que, cuando hablamos de las partes y de la empatía también, es importante considerar cómo le repercute el tomar una decisión sobre una controversia, o ceder algo a una de las partes.

No olvidemos que, a veces, quizás, y lo digo solo quizás, a veces, son los coordinadores de obra que pertenecen a esas entidades, en la que no es que no quieran llegar a acuerdos, sino que, mentalmente, empiezan también a ver las implicancias que tienen profesionalmente, de aceptar o no aceptar determinados consensos con un contratista. Y eso, al final, afecta hacia atrás a cómo lo van a medir profesionalmente, y, a su vez, posibles sanciones que puedan tener.

La empatía tiene que ver en cómo nos va a afectar. Cómo afecta a una persona y cómo afecta eso al resto de su familia.

Bueno, pues, muchas gracias, Pablo.

Pablo Fanelli: Bien, la cuarta pregunta la va abordar Alex Campos: ¿cuáles son los límites de las habilidades blandas de los miembros DAB/JRD en un proyecto de construcción?

Alex Campos: Muchas gracias, Pablo.

Hagamos un ejercicio de empatía, ya que estamos hablando de habilidades blandas, hagamos un ejercicio de empatía. Pongámonos por cinco minutos en los zapatos de los usuarios del DAB. Hagamos ese ejercicio.

Yo les quiero contar y quiero comenzar con una anécdota. El año pasado yo estaba sentado donde estaban todos ustedes mirando un evento que incluía DABs y había un panel que se llamaba «Casos de éxito». Así se llamaba el panel. No habrán pasado ni quince minutos desde que terminó ese panel, y yo ya había recibido de un cliente mío un video de ese panel, seguido de la figura de Condorito con la frase: «exijo una explicación».

¿Qué es lo que quiero decir? Es que, a veces, la visión que nosotros sostenemos cuando estamos en un DAB, sobre lo que es un éxito no es lo mismo de las partes porque las partes están pagando

por un servicio, que no lo podemos negar, es un servicio caro. Y como es un servicio caro, las expectativas son muy altas.

Entonces, mi experiencia en DABs, yo no soy miembro DAB. Mi experiencia es ser asesor en DABs, y, evidentemente, yo pertenezco a una de las partes del DAB y participo en la designación de los miembros DAB. Entonces, tengo una visión directa y cercana sobre lo que se busca en un miembro DAB. Y un elemento clave es el balance entre las habilidades técnicas y habilidades blandas. Unos podrían pensar que ese balance se logra dentro del tribunal arbitral. Es más, existe el prejuicio bastante incorrecto de pensar que, en un DAB, los abogados ponen las habilidades blandas, y los técnicos y los ingenieros y arquitectos ponen las habilidades duras. Eso no es cierto.

Los usuarios de los DAB, lo que están buscando, es que cada miembro DAB tenga sólidos conocimientos técnicos, en el caso de abogados, técnico-jurídicos, y sólidas habilidades blandas, aunque suene una contradicción.

Invito a Karina, a la Asociación Zambrano, en general, para que haga una encuesta de usuarios, de usuarios de DAB. ¿Qué piensan los usuarios del DAB? ¿Qué piensan sobre el valor ganado? Es decir, el valor que ha producido el DAB *bis-a-bis* lo que ha costado el DAB.

Entonces, me quiero referir rápidamente a este balance. Este balance de habilidades duras y habilidades blandas, nos debe llevar a intentar evitar el fenómeno del abuso de las habilidades blandas, y, haciendo *mea culpa*, los abogados somos especialmente víctimas de este fenómeno: del abuso de las habilidades blandas.

Les quiero contar otra anécdota. Yo he participado en un DAB, en el cual, la primera reunión consistió en un taller de liderazgo. Cuando salimos, evidentemente, el comentario de mi cliente era que nos habían escueleado, nos habían dado conocimientos muy básicos, y que ese taller era el taller más caro que había pagado en su vida, porque no solamente el DAB era caro, sino yo, que era su abogado y que iba a participar del DAB, y que le estaba cobrando por esa participación. Le había salido carísimo, y ese es el taller más caro que le había costado.

Es muy importante entender que si yo siento que tengo las habilidades blandas para generar valor en el proyecto, tengo que demostrar primero que tengo las habilidades técnicas suficientes para ganarme la confianza de las partes, en el sentido de que voy a promover soluciones que, realmente, aporten valor. Y, para eso, se requiere mucha capacidad técnica.

Les pongo otro ejemplo. Fátima ya lo mencionó hace un momento. Las habilidades blandas y un DAB no cumple con sus habilidades blandas, con la famosa frase de «invitamos a las partes a que se pongan de acuerdo». Soltar esa frase sin una metodología previa, la verdad, es una burla. Es una burla porque, aunque queramos aplicar mecanismos de mediación, por ejemplo, que pueden ser supervaliosos, todos sabemos que esto tiene un entrenamiento. Implica una oportunidad, implica una metodología.

Entonces, cada vez que, por ejemplo, yo escucho un miembro DAB que dice, de la nada, ¿y por qué las partes no se ponen de acuerdo mejor para el proyecto?», la percepción, y ahí lo digo, es que, seriamente, yo creo que los abogados, en algún momento, estamos tentados a excedernos en el tema de las habilidades blandas, un poco para justificar nuestra presencia en el DAB. Y eso es superpeligroso. Suena contraintuitivo porque el principal límite de la habilidad blanda, es la habilidad técnica. Es decir, si tú no acompañas una habilidad técnica a una habilidad blanda, eso se convierte, realmente, en… es dificilísimo generar valor al precio que cuesta un DAB con solamente habilidades blandas sin habilidad técnica.

¿Es función del presidente del DAB, especialmente, cuidar que ese balance exista? Sí, evidentemente, es función de que se dé esas metodologías porque yo entiendo que, si a mí me van a dar un taller sobre liderazgo, eso tiene que haber pasado, previamente, por decisión de todos.

Y con eso culmino.

Paul Fanneli: Entonces, hemos elegido este panel que, para mí es muy importante. Lo que marca la diferencia en el mundo es las habilidades blandas para el éxito. Estoy de acuerdo con Alex. Tendría algunos temas que me gustaría confrontarle, pero no es tiempo, no tenemos ahora el tiempo necesario.

Vamos a hacer la segunda ronda de reflexión. Todavía tenemos de la hora que nos toca, tenemos veinte minutos. Vamos a tratar de no usarlos todos, y nada. Pasamos la palabra a Pablo para sus tres minutos de reflexión final y conclusión, por favor.

Pablo Cobar: Perfecto, mucho hemos hablado acerca de cómo aprenderlas, cómo aplicarlas. Yo les voy a proponer una alternativa. Es gratis y está al alcance de todos. Y estoy de acuerdo contigo, Fátima, en que aquí esto no es filosofía, pero la filosofía nos puede ayudar a cómo entender, y tener las habilidades blandas, y la alternativa que yo les propongo es el método estoico.

Y les voy a mencionar algunos conceptos de estoicismo que nos pueden ayudar a esto. Finalmente, podemos pagar cursos, pero lo que nos dan es esto, traducido y tropicalizado en otros términos, y voy a hablarles de disciplina y autocontrol.

Esto significa que practicar la moderación en nuestras acciones y emociones nos puede ayudar a mantener la calma, por ejemplo, antes una situación adversa.

La simplicidad también nos puede ayudar a no dejarnos llevar por emociones intensas en algún momento, y saber enfrentar las situaciones difíciles con serenidad.

Diferenciar pensamientos subjetivos de hechos objetivos. Creo que esto es bien importante y nos va a permitir tomar decisiones basadas en la realidad y evitar reacciones impulsivas.

Y, por último, esto es muy de abogado, muy legal, pero también es la finalidad de un DAB, que es la justicia y el coraje. Buscar una vida de virtud, defender la justicia y tener el valor, la valentía de expresar y defender algo cuando es necesario.

¿Y cómo podemos aprender esto? Hay tres autores básicos, que pueden estar al alcance de todo y lo pueden buscar en Internet. Está Séneca, está Picteto y está Marco Aurelio.

Yo les propongo esta metodología. Pueden estudiar y les va a ayudar no solo a desarrollar habilidades para un DAB, sino las habilidades que necesitan para enfrentar cualquier situación profesional a lo largo de la vida.

Así que yo me quedo con esta reflexión final y espero les guste.

Fátima Bonassa: Sí. Está bien, muy claro.

Bien, yo pienso que la habilidad blanda no es lo que en Brasil nosotros diríamos *jinga*. No es.

Y también yo pienso que las habilidades blandas no son estos llamados o capacidades subjetivas de las que todos están hablando aquí. Yo pienso que yo soy la única que considera que las habilidades blandas son, en verdad, técnicas, pero no técnicas de ingeniería o técnicas jurídicas, técnicas de negociación, técnicas de conducción de reuniones, técnicas que se aprenden y que son aplicables técnicamente.

Yo no quiero contratar un DB que me diga que debo leer unas leyes y ya estoy lista. El costo es muy alto y nosotros tenemos en la vida real mecanismos y herramientas para que las personas se

tornen más cercanas, para que la comunicación sea más eficiente, que las reuniones sean más productivas. Tenemos esto en mediación, no sé si digo esto porque yo soy mediadora y como mediadora debo aplicar esto todo el tiempo, y aplico todas técnicamente.

No estoy ahí para hacer una sesión de conversación para ser empática, una buena persona. Nada de esto. Estoy ahí trabajando técnicamente aplicando las técnicas.

Esto no quiere decir que yo voy a actuar como mediadora cuando estoy en un DB porque la mediación envuelve otras técnicas, como, por ejemplo, las reuniones individuales. Nosotros no podemos aplicarlas en DB porque los contactos *ex parte* no son saludables. Debemos evitarlos todos siempre. Por eso el nombre de «habilidades blandas» puede conducir a un entendimiento errado de que estamos hablando de estas situaciones subjetivas, no. O por las personas que tienen este don natural. No es esto. Son técnicas que deben ser aprendidas, que deben ser entrenadas y que deben ser aplicadas técnicamente.

Con esto termino.

Gracias.

Natalia Barreda: Coincido con lo que dice Fátima, en el sentido de que uno tiene que entrenarse. Así uno tiene que conseguir una habilidad, tiene que entrenarse, y como bien ha dicho ella, son técnicas y técnicas múltiples y metodologías que ya existen, y, además, coincido en que no solo es ser buena persona.

Bueno, yo, a la reflexión que yo voy es la experiencia que yo tengo como JRD y DAB que, en mi caso, he aprendido muchísimo de mis compañeros. León, que es presidente de una JRD en que estoy. Fue, de hecho, la primera JRD en que estuve, y, entonces, el hecho de que siempre me he sentido yo muy segura de mis capacidades técnicas; sin embargo, cuando yo a él lo veía cómo era tan fácil transmitir eso en un lenguaje más llano, pues, tú dices: «¡Ah, pues, mira!». Por ahí tiene que ser y vas aprendiendo. Igual que de mis otros compañeros. De hecho, resalto mucho eso porque uno va aprendiendo.

Hace, relativamente, poco, en una sesión que tuve de JRD-DAB, quien preside me escribe, y luego me dice, y, además, me gustó que me lo dijera. Me dice: «Natalia, no te aceleres». Y me dice: «Espero que te des cuenta, pero como no te das cuenta, te lo digo». Y me dio, pues, una serie de pautas. Acá está uno de mis coadjudicadores que estuvo presente en la pequeña reunión que tuvimos.

Y, es cierto, quizás en el momento tú dices, como que te impacta que te lo digan, pero luego, en realidad, digo, qué bien que me lo diga, y, además, que tenga la confianza y la profesionalidad de decírmelo de la manera adecuada. Entonces, eso ayuda a que podamos mejorar en ese sentido.

Y, por último, también quiero hacer una incidencia en lo que comentaba Alex, que el conocimiento es muy importante, hay que saber transmitirlo, y eso es a través de las habilidades blandas, pero también es cierto que, si, quizás no tenemos la experiencia específicamente en un proyecto, pero, en este caso, como técnicos, y dentro de teórico-jurídico, es muy importante dar confianza a las partes es que sepamos de qué es el proyecto, que leamos el expediente, que leamos el contrato. O sea, de qué estamos hablando, de qué cláusulas. Entonces, no nos podemos sentar ahí, y no saber si nos pasaron un informe o no nos pasaron un informe.

Entonces, la confianza es primordial para que pueda nacer la empatía, y, bueno, la buena sintonía entre todos.

Gracias.

Alex Campos: Solamente, coincidir con Fátima y con Natalia. Tiene que haber, definitivamente, una metodología, tiene que haber un principio de oportunidad. Es bien importante el principio de oportunidad. ¿Cuándo tengo que aplicar una técnica y cuándo no?

Y, la verdad, es que tenemos que tener mucho cuidado en ganar la confianza de las partes para poder utilizar esa metodología.

Pablo Fanelli: Muy bien.

Yo también, obviamente, coincido con Fátima y con Pablo, con Alex, obviamente, cada uno tiene su punto de vista y lo ve desde su experiencia. Claro que si uno tiene ya unas actitudes ya innatas, va a aprender más fácil. Pero estoy de acuerdo contigo, todo se aprende en esta vida.

Yo, simplemente, les voy a decir que habiendo trabajado en distintos países, con distintas culturas, y en equipos de trabajo, y que una de las habilidades blandas que yo considero casi la más importante y puede sonar un poco frívolo, es la sonrisa sincera. Tenemos que aprender a sonreír, pero, ojo, sincera porque la sonrisa también puede ser ese cliché que derriba barreras, no, son cuentos. Yo lo he puesto en práctica en distintos proyectos.

Y termino diciendo que, obviamente, a todos nos han enseñado de pequeños a pedir las cosas «por favor». Todos pedimos «por favor», pero una cosa es pedir una cosa «por favor» con un todo de voz y un *body language,* que parece ser que es un «cómo no me lo diste, que es una obligación». Y otra cosa es pedir una cosa «por favor» con una sonrisa sincera. Es una gran diferencia.

PANEL XIII. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS

Alfredo Soria Aguilar [1] (moderador)
Úrsula Caro [2]
Yovan Mendoza [3]
Christian Guzmán Napurí
Bryan Carbonel [4]
Paolo del Águila [5]

[1] Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho de la Empresa por la misma casa de estudios. Cuenta con más de quince años de experiencia en contratación comercial y contratación con el Estado. Actualmente, es integrante de las nóminas de árbitros de la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Arbitraje PUCP, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Arequipa, AMCHAM Perú, entre otras instituciones arbitrales. Es profesor de Contratación Pública y Arbitraje en la Facultad de Derecho en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Es profesor de Contratos en las Facultades de Derecho en la Pontificia Universidad Católica y la Universidad del Pacífico.

[2] Abogada especialista en temas de solución de controversias. Pertenece a la lista de árbitros de los centros arbitrales más importantes del país. Es representante de la sección Lima-Perú del CIAD Mujeres 2024, y es, además, socia del estudio Caro Tumba Abogados.

[3] Abogado por la Universidad Andina del Cusco, maestro en Economía, en Gestión Pública y en Desarrollo Regional de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco. Es asesor independiente, docente universitario en la Universidad Continental y en la UNSAAC.

[4] Abogado litigante egresado de la Universidad Garcilaso de la Vega, conciliador extrajudicial. Expositor especializado en temas de salud pública.

[5] Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría en Derecho de Convención, Derecho de la Competencia y Protección de Propiedad Intelectual por la misma casa de estudios. Ha sido secretario general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y miembro fundador de la *Revista Peruana de Arbitraje*. Se desempeña actualmente como árbitro experto en arbitrajes y consultor legal independiente. Profesor universitario en la Universidad Católica, en la Universidad de Lima, la UPC y otras universidades.

Alfredo Soria Aguilar: Buenas tardes. En primer lugar, el agradecimiento a los organizadores del evento por tenerme presente, por la consideración e integrar este panel con profesionales de tan alto nivel, como quienes están presentes.

Vamos a empezar este panel sobre «Los efectos de la resolución contractual», haciendo un pequeño marco teórico que introduzca el tema.

Como ustedes saben, los contratos, cuando se resuelven, hay una serie de consecuencias, ante la resolución del contrato. No solamente es la extinción del vínculo contractual, sino, hay otras consecuencias derivadas de la resolución del contrato. La resolución del contrato implica la extinción de la relación jurídica obligatoria, pero hay otra consecuencia. Esas otras consecuencias, algunas de ellas, que se encuentran reguladas en la norma de contratación con el Estado, y otros aspectos vinculados a esas consecuencias, son los que vamos a desarrollar en este panel. Yo, simplemente, les voy a plantear algunas de las consecuencias.

Si la parte perjudicada es la entidad, nos dice la normativa de contratación con el Estado, va, en primer lugar, como ha resuelto el contrato con el contratista vigente, va a tener la posibilidad de contratar a otro proveedor. Claro, ya no va a tener que seguir el camino tortuoso del procedimiento de selección clásico, sino, tiene otro mecanismo. Y eso, eventualmente, lo desarrollaremos aquí, si es que el tiempo alcanza.

Otra de las consecuencias es que la entidad puede ejecutar las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los daños mayores irrogados.

Adicionalmente, si la parte perjudicada es la entidad, la entidad puede presentar una denuncia para que se inhabilite para contratar con el Estado. Entonces, estamos viendo que no solamente hay consecuencias de carácter civil, sino, además, también consecuencias de sanciones administrativas.

Si la parte perjudicada es el contratista, nos dice la normativa de contratación con el Estado, la entidad reconoce la respectiva indemnización por los daños irrogados bajo responsabilidad del titular de la entidad.

Nada más dice la normativa de contratación con el Estado sobre el tema indemnizatorio, con lo cual, va a ser necesario recurrir a la normativa de contratación civil, y eso, en plena aplicación de lo que dice la normativa de contratación con el Estado, en el artículo 45.10, que, de manera supletoria, vas a poder recurrir a otras normativas. Cuando la normativa de contratación con el Estado no establece algo, puedes recurrir a otras normas, entre ellas, el Código Civil. En este caso, sería el artículo 1321 del Código Civil, que establece los elementos que deben concurrir para que exista la obligación de indemnizar: antijuricidad, imputabilidad, daño y nexo causal.

Vamos a empezar el panel con la exposición de la doctora Úrsula Caro que va a desarrollar el tema de las facultades de las entidades con relación a la ejecución de la carta fianza, como consecuencia de la resolución de contrato. ¿Cómo es que van a ejecutar la carta fianza?; ¿qué van a ejecutar?; ¿qué ocurre en la realidad?

Adelante, doctora.

Úrsula Caro: Muchas gracias. Gracias, Alfredo, gracias por la invitación. Gracias a todos ustedes por estar acá.

Bueno, me toca a mí hablar sobre qué puede hacer la entidad en caso se resuelva el contrato imputando un incumplimiento al contratista.

Estoy rodeada de gente que, realmente, conoce temas de contratación pública. El doctor Ricardo Salazar me ha enseñado en la maestría, entonces, Giuseppi, Juan Carlos. Creo que todos manejamos bastante el tema.

Voy a hacer un recuento de qué es lo que dice la norma porque la norma es bastante clara en relación a qué puede hacer la entidad en caso de resolución de contrato por causas imputables al contratista para luego ver qué es lo que sucede en la práctica, en la realidad, y, humildemente, terminaré con alguna recomendación.

Pues, bien, recordemos que la ley de contratación pública y su reglamento establece, claramente, un procedimiento para resolver un contrato. Sea porque el contratista considera que la entidad ha incumplido una obligación esencial, que no sabemos tampoco. La norma no dice que es «esencial» o sea porque la entidad considera que el contratista ha incumplido de manera injustificada, y ahí vienen todas las obligaciones que podría haber incumplido el contratista, ya sea derivada del contrato, la ley o el reglamento. Hay un procedimiento establecido, hay un requerimiento previo bajo apercibimiento, se otorga un plazo, y luego se resuelve el contrato. El plazo dependerá del objeto del contrato, si se trata una ejecución de obra, o una de servicios, será entre cinco, quince días.

También hay algunos supuestos, situaciones particulares, donde no se requiere que se siga este procedimiento y la entidad, de frente, comunica la resolución del contrato cuando, por ejemplo, se ha llegado al límite máximo de aplicación de penalidades, entre otros supuestos.

Adicionalmente, también recordemos que podemos estar ante una resolución total del contrato o una resolución parcial de estos. Esto como un preámbulo para abordar la respuesta a la pregunta que me ha sido formulada.

Entonces, ¿qué dice el reglamento con relación a qué puede hacer la entidad? Son dos cosas las que dice el reglamento.

La entidad puede ejecutar las cartas fianza o reclamar el pago de una indemnización por los mayores daños. Te habla de los mayores daños, con lo cual, entendemos que se refieren a aquellos daños y perjuicios que habrían sido ocasionados a la entidad como consecuencia de este incumplimiento imputado al contratista, y que entenderíamos debiera ser un daño mayor al monto de la carta fianza por fiel cumplimiento.

Me voy a enfocar solamente en lo referido a la ejecución de las cartas fianza. El tema de la indemnización por daños y perjuicios, realmente, también es un tema muy interesante, pero es un tema que quizás sea materia de que se aborde, prácticamente, un panel solamente para ver ese tema porque es bien complejo.

Cartas fianza. ¿Cuáles son las garantías que otorga el contratista para la ejecución de un contrato?

Tenemos la garantía de fiel cumplimiento que, como dice su nombre, garantiza el fiel cumplimiento de las prestaciones que asume el contratista en un contrato. El monto de esta garantía equivale al 10 % del monto total del contrato.

¿Qué dice el reglamento con relación a cuándo se ejecuta? Las cartas de fiel cumplimiento. El reglamento te dice que, en caso de resolución de contrato, cuando el contratista no discute la decisión de la entidad de resolver el contrato se entiende que la resolución ha quedado consentida, con lo cual, podría ejecutar la garantía de fiel cumplimiento.

Pero, también te dice que, cuando no es así, es decir, cuando se controvierte o se discute o el contratista recurre al mecanismo de solución de controversias, previsto en el contrato, ya sea conciliación y luego arbitraje, y, en consecuencia, nos encontremos frente a una materia controvertida, esa

garantía de fiel cumplimiento no puede ser ejecutada, sino hasta que se cuente con un laudo arbitral que decida o resuelva que, finalmente, ese contrato fue válidamente resuelto.

Entonces, ¿y cuál es el efecto? El efecto es que la entidad pueda ejecutar el 100 % de la garantía de fiel cumplimiento. No importa si el daño ocasionado es menor a la garantía, ni tampoco importa si es que estamos frente a una resolución total o parcial.

¿Y cuál es esta razón? Para entender por qué es que se podría permitir la ejecución del 100 % de la garantía de fiel cumplimiento, y es que lo que se entiende es que, como estamos frente a un contrato con el Estado, estamos hablando de interés público en las entidades públicas, se prioriza o se recurre a la naturaleza resarcitoria que tiene la garantía de fiel cumplimiento. Por tanto, lo que busca garantizar es la integridad del contrato. No importa si cumpliste una prestación o el daño que se ocasiona es menor.

Entonces, ya estamos frente a una consecuencia tasada sin importar el daño, el efecto es el 100 % de la garantía de fiel cumplimiento. Entonces, tenemos dos escenarios: que la resolución del contrato no esté controvertida, por tanto, ejecuto el del fiel cumplimiento al 100 %, o el escenario en el que esté controvertido, con lo cual, no puedo ejecutar.

Tenemos, por otro lado, las garantías por adelanto directo y por materiales. Como todos conocemos, estas garantías son entregadas o sirven como una forma de financiamiento, de ayuda, apoyo al contratista para que puedan, que les permita ejecutar las prestaciones a las que se ha comprometido, sin desbalancear; o sea, les da un flujo de caja, con eso compra los materiales, y, finalmente, estos van a ser devueltos a través del pago en las valorizaciones, con las amortizaciones. O sea, se supone que me dan el dinero por adelantado, y que con el dinero de las valorizaciones yo voy a cubrir ese adelanto que me ha sido entregado de manera adelantada.

Entonces, esto es importante ¿por qué? Porque al momento de ver cuándo se ejecuta estas garantías por adelanto, la norma te dice que, a diferencia de la de fiel cumplimiento, sí las puedes ejecutar en caso de resolución de contrato, aun cuando exista una controversia relativa a la resolución de contrato. Entonces, las de adelanto sí las puedes ejecutar.

Pero ahí hay un aspecto que tenemos que tener en cuenta y es que pueden, en la medida que las amortizaciones son relevantes e impactan en la garantía de adelanto, pueden existir algunas discusiones con relación al pago de valorizaciones o las amortizaciones, si estuvieran bien hechas o no, que, generalmente, son determinadas o dilucidadas al final.

Hay un sector que considera que esas garantías de adelanto, en realidad, no debieran ser ejecutadas, por más que la norma te permita que, ante un supuesto de resolución, y aun cuando exista un arbitraje, cuando se discuta, justamente, la resolución, la entidad pueda ejecutarlas.

Además, debemos recordar que las garantías, por su naturaleza, son de realización inmediata. Significa que ante el requerimiento de la entidad, quien emite las garantías, simplemente, debe ejecutarlas en el plazo máximo de tres días, bajo responsabilidad, incluso, la consecuencia es una responsabilidad solidaria entre el contratista y el emisor. El que tiene las garantías. Y esto es importante porque no existe la necesidad de justificar que hay un incumplimiento, sino, simplemente, le dices: «quiero ejecutar» y la entidad tiene que ejecutar. Y punto, se acabó.

Entonces, ¿qué viene generando esto? Como no hay una justificación, no hay nada, y por la propia naturaleza de las garantías, en la práctica, lo que hacen las entidades ante resoluciones de contrato, vienen ejecutando las dos cartas fianza. La de fiel cumplimiento que no debían y la de adelanto. También porque consideran que, como ya dieron los fondos, quieren recuperarlos con la ejecución de las garantías.

Entiendo que estas decisiones vienen siendo tomadas sobre la base de garantizar los fondos públicos con relación a las garantías de adelanto y el interés público que existe en la ejecución contractual de todos los contratos que se celebran con el Estado para justificar por qué es que ejecutan garantías de fiel cumplimiento, cuando, en realidad, la norma les impide hacerlo cuando hay un arbitraje donde se controvierte la resolución del contrato.

Pero esta es una línea demasiado delgada porque podríamos estar frente a una parte de un contrato que está actuando de mala fe. ¿Dónde está la buena fe contractual en la ejecución de las prestaciones de un contrato? ¿Cómo voy a ejecutar una garantía de fiel cumplimiento cuando la norma no me lo permite? O lo que suele suceder también en la práctica, ¿cómo voy a ejecutar una garantía de adelanto sin haber dado el preaviso? Porque hay un procedimiento para ejecutar las garantías de adelanto también. Yo tengo que requerirle al contratista: «págame lo que falta de amortizar, sino te voy a ejecutar las garantías de adelanto». Pero lo que suele pasar es que las entidades no hacen el preaviso y ejecutan de frente.

Ante esta situación ¿qué sucede? ¿Qué genera todo esto? Que los contratistas tienen la necesidad y urgencia de solicitar medidas cautelares, y sale todo el tema de los árbitros de emergencia, puede que sea otro tema, pero frente al tema de las medidas cautelares, para evitar, justamente, para evitar la ejecución indebida de las cartas fianza, ambas, surgen también algunas inconveniencias para los contratistas.

Muchos conocemos las condiciones que establece el Decreto de Urgencia n.° 20-2020, que genera un desbalance al requerir al contratista cuando se necesita una medida cautelar donde el afectado es la entidad, es presentar una contra cautela que es equivalente a una carta fianza. Esto lo que genera es un sobrecosto porque tienes una carta fianza de garantía de fiel cumplimiento y además otra carta fianza que garantiza la medida cautelar para evitar que se ejecute esa carta fianza. Como si fuera un trabalenguas, pero, en resumen, es un sobrecosto supergrande que, muchas veces, el contratista no puede asumir por el monto económico.

Y sobre esto también surgen muchas preguntas: ¿por qué esa contra cautela es una condición para que te otorguen una medida cautelar?, cuando en realidad es un requisito o debe ser evaluado como una forma para garantizar la ejecución de la medida cautelar, no para que te la otorguen.

También nos lleva al escenario de: «Oye, ¿aplico control difuso?». Algunos tribunales aplican control difuso y no requieren esta contra cautela porque consideran que es inconstitucional y otros no.

Y, bueno, surgen muchos temas alrededor de ese punto.

Luego, también, otra contingencia que te da este Decreto de Urgencia n.° 20-2020 es que, por la naturaleza de las medidas cautelares, en principio, por la urgencia, a nivel, si nos vamos a la justicia ordinaria, las medidas cautelares son revisadas por el juez *inaudita pars*, que significa que no lo pongo en conocimiento del afectado, yo evalúo si procede la medida cautelar, la ejecuto y luego recién le doy el derecho a la otra parte para que se defienda.

A nivel de arbitraje es al revés. Tú le notificas, pero tienes la posibilidad, como tribunal, de que, en algunas situaciones, puedes hacerlo notificar, y ya luego, le pones en conocimiento. Pero, en este caso, el 20-2020 dijo que, como el Estado es parte, hay que hacerlo con conocimiento.

Esto genera dilación en la resolución o en la toma de decisión respecto de medidas cautelares. Mientras tanto, las cartas fianza pueden ser ejecutadas, con lo cual, en esas circunstancias, lo que suelen hacer los tribunales y algunos árbitros es dar recomendaciones iniciales de que, hasta que no se emita una decisión, pues, se recomienda a las partes, sobre todo, las entidades, mantengan el *statu quo* hasta que se emita una decisión.

Otros inconvenientes que pueden surgir, con relación a los requisitos de las medidas cautelares, por ejemplo, ¿cómo acreditar el perjuicio irreparable? Porque no es una verosimilitud del derecho, perdón, no es un simple peligro en la demora, sino es un perjuicio irreparable porque la medida cautelar que se presenta es una de no innovar que tiene unos efectos mayores en quien padece la medida. Entonces, la dificultad para el contratista es ¿cómo puedes demostrar que hay un perjuicio irreparable o una inminencia en ejecutar una garantía, cuando la norma, en el caso de la garantía de fiel cumplimiento, te dice que no debes ejecutarla.

Un árbitro, cuando evalúa una medida cautelar de ese tipo dirá: «la norma, en realidad, no le permite a la entidad ejecutarla, entonces, no hay un peligro», pero, en la práctica, sí lo hacen, sí las ejecutan.

Entonces, lo que se suele hacer ahí para resolver ese tema, esa recomendación que les comentaba, que los árbitros puedan rechazar la cautelar, pero mantener ahí una recomendación donde que, en tanto que la norma te prohíbe ejecutar garantías de fiel cumplimiento, pues, se sugiere a las partes que no las ejecuten. Esos son una serie de inconvenientes.

Con relación a las entidades. ¿Qué pasa cuando ejecutan esas cartas fianza de manera indebida? Se abre un nuevo escenario que es los posibles reclamos de los contratistas, solicitando indemnizaciones por los daños y perjuicios que esta ejecución indebida de las cartas fianza les irrogue. Esto, sobre la base, definitivamente, de que estemos ante ejecuciones indebidas, que no estamos ante los supuestos habilitantes que le permite la norma de ejecutar estas cartas fianza, y sobre la base de que estos daños se encuentren debidamente acreditados, tanto de su existencia como de su cuantía.

Entonces, para concluir, y dando una respuesta a la pregunta, ¿qué puede hacer la entidad? Si la resolución está consentida, se ejecutan las dos cartas fianzas: la de fiel cumplimiento y la de adelanto. En el caso del adelanto, hay estas disquisiciones que habría que tener en cuenta. Si está controvertida, según la norma, solamente la de adelanto. La de fiel cumplimiento, no.

Entonces, como en la práctica no se viene dando de esta manera, habría que recomendar a la entidad, en realidad, que evalúe las contingencias en caso de ejecutar de manera indebida las cartas fianza, sobre la base de elegir, digamos, el mal menor. Si yo te voy a ejecutar unas cartas fianza de manera indebida, y esto va a traer consigo una indemnización cuantiosa, pues, esperemos a que, al final, se resuelva la controversia porque, finalmente, las cartas fianza van a estar vigentes hasta el final.

Bueno, eso sería todo. Espero haberlos tenido entretenidos después del almuerzo.

Gracias.

Alfredo Soria Aguilar: A continuación, vamos a escuchar a Yovan Mendoza, quien nos va a hablar acerca de cuáles son los criterios que establece el acuerdo de Sala Plena n.° 2 del año 2022 para una eventual sanción administrativa al contratista, como una consecuencia de la resolución de contrato. Decíamos, la inhabilitación es otra de las consecuencias y nos va a hablar acerca de los criterios, Yovan Mendoza.

Pero, antes quería presentar al doctor Christian Guzmán que ya se incorporó al panel. Era nuestro panelista de emergencia, que es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, docente universitario en distintas universidades. Es árbitro, autor de diversos libros y artículos sobre contratación con el Estado y derecho administrativo.

Entonces, se ha incorporado ya y sigue su exposición luego de Yovan Mendoza.

Adelante, Yovan.

Yovan Mendoza: Muy buenas tardes. Muchas gracias, doctor Soria por esta presentación. Similarmente, también agradecer a la doctora Zambrano por esta invitación a este congreso internacional tan importante que, pues, es de suma relevancia compartir el panel con profesionales tan importantes, por quienes guardo mucha admiración y respeto.

Este tema, doctor, como usted bien ha mencionado, el tema de la resolución del contrato, tiene, pues, varias aristas, tiene varias consecuencias y, como bien mencionaba la doctora Úrsula, si me permite, quizás, hacer una… relevar algunos puntos muy importantes que ha tocado.

Por ejemplo, una de ellas, la resolución del contrato lleva consigo la ejecución de la carta fianza, pero también ha comentado usted un tema bastante importante, solamente para hacer un paréntesis, sobre el control difuso. Es un tema bastante interesante comentarlo porque, ciertamente, con este precedente vinculante del Tribunal Constitucional que está vigente hasta la fecha, ha establecido que el control difuso aplica solamente para el Poder Judicial. Dejando sin efecto un precedente vinculante anterior del año 2004, si no me equivoco.

Y, por tanto, quita esa potestad a los tribunales administrativos de poder preferir la Constitución por encima de normas infraconstitucionales. Y lo que sucede actualmente, es que cuando un administrado acude a un tribunal administrativo para poder esperar alguna resolución a su favor, que se declare fundada, ¿qué sucede cuando se declare fundada? Tiene que acudir a la instancia del Poder Judicial, y esto demanda tiempo, demanda dinero.

Y como se ha mencionado anteriormente, discutiendo este precedente vinculante, ¿eso qué implica? Que esta pirámide normativa que nosotros identificamos de jerarquía normativa, pues, está invertida porque los tribunales administrativos no van a poder preferir la Constitución cuando contraviene a normas infraconstitucionales.

Entonces, sin embargo, en el año 2020 la Corte Suprema estableció que, por lo menos, en el ámbito arbitral, procesos arbitrales sí pueden ejercer control difuso. La Corte Suprema lo ha precisado.

Por eso me pareció muy interesante quizás resaltar lo que contaba la doctora Úrsula.

Y, bien, sobre el tema ya abordando sobre este acuerdo de Sala Plena, si bien es cierto, el Tribunal de Contrataciones del Estado, como parte de la estructura orgánica del OSCE, tiene varias funciones que son sumamente importante, como, por ejemplo, resolver recursos de apelación, como, por ejemplo, aplicar las sanciones administrativas. Aquellos proveedores que incumplen la norma.

Pero, entonces, dentro de esas funciones, hay un aspecto bastante importante que está referido a poder emitir acuerdos de Sala Plena, que constituyen precedentes de observancia obligatoria. ¿Y para qué? ¿Cuál es la finalidad de estos precedentes de observancia obligatoria? Justamente, establecer criterios, como lo menciona el doctor Soria. Criterios que se tienen que utilizar o aplicar cuando el tribunal toma una decisión tan importante que podría generar un perjuicio o no al administrado de tener que inhabilitarlo para no contratar con el Estado.

Entonces, el Tribunal de Contrataciones, cuando se tuvo que reunir con las Salas de este Tribunal, advirtieron, pues, que en la Ley de Contrataciones del Estado existen muchas modificaciones. Y las modificaciones que se realizan a la Ley de Contrataciones del Estado, a veces, van acompañadas de una inseguridad jurídica.

Yo recuerdo mucho cuando el doctor Fernando de Trazegnies decía: «modificar a cada rato o los Códigos o el Código Civil, no es imaginación creadora, sino pereza interpretativa».

Entonces, a veces nos acostumbramos mucho, y me refiero al legislador, a modificar, derogar, modificar las leyes, cuando, en realidad, existen, no digo leyes perfectas, pero creo que se debía hacer una interpretación debida, como lo que hace el Tribunal de Contrataciones del Estado. Porque, al

momento de emitir esos acuerdos de Sala Plena, está realizando una interpretación expresa de lo que dice la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado.

Entonces, ¿qué analiza el tribunal? El Tribunal de Contrataciones analiza, por ejemplo, el artículo 50, donde están plenamente establecidas aquellas infracciones en las cuales pueden incurrir los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas. O sea, es un abanico muy amplio. Si todos ellos están inmersos en alguna responsabilidad administrativa, pues, tendrán que ser sancionados por el Tribunal o podrán.

Entonces, el Tribunal ha advertido que diferentes salas tomaban decisiones distintas respecto a la sanción administrativa que debían aplicar a un proveedor.

Y analizando este artículo 50, primero, ¿cómo se debe tipificar estas acciones administrativas? Bueno, se tiene que identificar, a ver, ¿cuál fue el motivo?; ¿cuál es la causal? Ocasionar que la entidad resuelva el contrato por causas atribuibles al contratista.

Esa es una de las primeras aristas de este artículo, pero también si es que aplicaría la sanción, siempre y cuando haya quedado administrativamente firme en vía arbitral, por ejemplo.

Entonces, ¿qué ha venido sucediendo? ¿Qué ha venido identificando el Tribunal de Contrataciones del Estado, estimados participantes? Que las entidades notifican al Tribunal de Contrataciones del Estado, presentan la denuncia cuando ya se ha emitido el laudo arbitral o cuando ya se tiene el acta de la conciliación. Y eso resulta perjuicioso, dice el Tribunal de Contrataciones porque ahí es cuando opera la prescripción.

Entonces, ¿qué es lo que establece el Tribunal en ese acuerdo? Que las notificaciones respecto de esta infracción en las que incurren los proveedores se tienen que hacer inmediatamente que se haya decidido resolver el contrato.

Ustedes perfectamente conocen el procedimiento y tiene que hacerse a través de una carta notarial que se tenga que dirigir al contratista, pero, entonces, la norma ahí no es clara. No dice en qué momento hacerlo, sino dice que, de manera inmediata, las entidades tienen que comunicar al Tribunal de Contrataciones del Estado.

Frente a ese, quizás no vacío normativo, pero se han adoptado diferentes interpretaciones. Y ojo que aquí es importante saber que conocer una ley no implica saber cuál es el significado, entender el significado, sino cuál es el sentido y la autoridad.

Es por eso que el Tribunal, al advertir estas diferentes posiciones que tenía la Sala, dijo: «el procedimiento que se debe seguir a través de ese acuerdo de Sala Plena es que las entidades tendrán que comunicar a este Tribunal, una vez que se haya notificado la decisión de resolver el contrato, que tendrá que ser, obviamente, a través de las cartas notariales.

Entonces, ¿estos criterios qué es lo que buscan? Unificar, establecer las reglas que deberían cumplir, a las cuales se deberían someter las Salas del Tribunal de Contrataciones del Estado, porque ¿qué es lo que buscan los tribunales administrativos? Si no me puedo referir solamente al Tribunal del OSCE, en el que cuando estuve trabajando hace un período, hasta el año pasado en sí, y pude advertir, justamente, eso. Que muchos proveedores y las propias entidades hacían consultas referidas, y, entonces, ¿qué sucede con este criterio de predictibilidad que deben buscar o que deben alcanzar los tribunales administrativos, y, sobre todo, el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Y, justamente, ese ha sido uno de los motivos, quizás, un poco retrocediendo a lo que comentaba al inicio, el motivo por el cual el Tribunal Constitucional emitió un precedente vinculante, dejando sin efecto un precedente anterior, justamente, porque el segundo precedente que se emitió fue por un

tema de contrataciones con el Estado. Bastante interesante porque fue a partir de un recurso de apelación que se presentó ante una entidad, y, pues, el Tribunal haya admitido, el Tribunal Constitucional, que el Tribunal de Contrataciones no puede hacer control difuso porque, de acuerdo al artículo 138 de la Constitución, quienes pueden hacer control difuso son única y exclusivamente, el Poder Judicial.

Entonces, quitó la posibilidad a los tribunales administrativos de tomar una decisión tan importante, que es preferir la Constitución antes que las leyes infraconstitucionales.

Entonces, otro tema que me pareció también importante respecto a esta decisión del acuerdo de Sala Plena es que se advirtió que las entidades y los contratistas, cuando estaban ya en esa controversia, incumplimiento del contrato, podía ser por aplicación de penalidades, acumulan el 10 %, incumplimiento de sus obligaciones contractuales, las entidades notificaban al contratista. Decían, mediante carta notarial, bajo apercibimiento de resolver el contrato, cumple con tus obligaciones contractuales. Pero, si han acumulado el 10 %, la norma dice que es una sola carta notarial.

¿Y qué hacía el contratista? Notificaba mediante otra carta notarial. Les decía «No, yo te resuelvo el contrato porque eres tú quien no está cumpliendo con tu obligación, no me otorgas la conformidad, no realizas el pago».

Entonces, se hacía de manera previa, de manera posterior a estas comunicaciones, a estas notificaciones. O circunstancia contraria, el contratista notificaba a la entidad de primer momento, y le decía: «Cumple con tus obligaciones, no me otorgas la conformidad, no realizas el pago». ¿Y qué hacía la entidad? Caso omiso, no lo tomaba en cuenta y realizaba otra notificación a través de otra carta notarial».

Entonces, estábamos como que en ese juego. Yo te resuelvo, tú me resuelves. Entonces, tenía que establecer después un acuerdo de Sala Plena, y, es más, en una opinión del OSCE que también lo menciona.

Pero, sobre todo, en este acuerdo de Sala Plena n.° 2 del año 2022, en el cual se ha tomado en cuenta de que quien primero resuelve el contrato, o sea, toma la decisión de resolver el contrato, es el que tendrá validez. Y eso servirá para el Tribunal de Contrataciones del Estado, poder analizar y tomar la decisión si sanciona o no a este contratista.

Bueno, y ya para cerrar, en todo caso, por unanimidad, por mayoría no queda determinado el acuerdo de Sala Plena, pues, cuando se resuelve el contrato, lo que comentaba, primero se tiene que notificar a través de una carta notarial. Y es que hay que acompañar a esta resolución, a esta decisión de resolver el contrato, el documento mediante el cual se resuelve el contrato porque hay entidades en las cuales se ha resuelto el contrato con carta simple, y eso no es válido.

Segundo, que se adjunte un informe sustentando, es decir, motivando, principio importante. Motivar su decisión por la cual resuelve ese contrato. Y también se ha tomado como un acuerdo de Sala Plena, entender que en el procedimiento administrativo sancionador no corresponde evaluar la decisión de la entidad de resolver el contrato porque, muchas veces, el contratista sustenta sus medios probatorios, pero, el procedimiento no es regular. Se está resolviendo el contrato por incumplimiento de la entidad, pero eso no lo valora el tribunal. El tribunal lo que analiza es el procedimiento que se ha seguido para resolver este contrato, y si se quedó consentido en el ámbito conciliatorio o en el proceso arbitral.

Entonces, creo que es un acuerdo plenario bastante importante, un acuerdo de Sala Plena que sí amerita tomarlo en cuenta respecto a estas consecuencias que menciona el doctor Soria respecto a las resoluciones de contrato.

Muchas gracias.

Alfredo Soria Aguilar: Muchas gracias, doctor Mendoza.

A continuación, tenemos la participación del doctor Christian Guzmán Napurí. Él va a desarrollar el tema de tras la resolución del contrato, cómo debe proceder la entidad para contratar con un nuevo proveedor.

Adelante, doctor Christian Guzmán. Un aplauso.

Christian Guzmán Napurí: Muchas gracias, muchas gracias.

Acá agradeciendo a los miembros destacados de esta mesa por haberme acogido para hablar con ellos y con ustedes acerca de la resolución del contrato y poder reemplazar al buen Alfonso, que no ha podido venir porque está mal de salud. Ojalá se mejore pronto. Así que tenga nuestras oraciones para que se mejore pronto. Está un poco malito, así que no ha podido venir y estamos acá en su reemplazo hablando de este tema tan importante que nos ha pedido Alfredo que tratemos.

Alfredo, que es presidente de la mesa, nos ha pedido que tratemos un tema sumamente interesante, importante y es el relativo a cómo hacemos para concluir con el contrato. Es decir, qué tiene que hacer la entidad para concluir con el contrato. Tendría o podría contratar a otro para que continúe el contrato.

Entonces, ¿qué ocurre? Ya hemos conversado que la resolución del contrato es una forma anormal de terminación de la ejecución contractual y de la contratación administrativa, de todo el proceso de contratación administrativa y genera un conjunto de efectos. Un conjunto de importantes efectos. Ya la doctora Úrsula y el doctor Yovan han señalado estos efectos. La doctora Úrsula nos ha hablado de las cartas fianza y el doctor Yovan nos ha hablado de la infracción que implica que se resuelva el contrato por responsabilidad del contratista.

Pero ¿qué pasa? Otra consecuencia es el contrato inconcluso. ¿Qué hacemos si el contrato queda inconcluso?

Lo que dice el reglamento, y ahí empiezan los problemas, es que la entidad pueda notificar a los demás postores para que estos expresen su voluntad de contratar con la entidad.

El primer problema aquí es el condicionante, no la necesidad urgente. Vamos a definir qué cosa se entiende por necesidad urgente.

En laudos arbitrales, o sea, la jurisprudencia arbitral no tiene claro qué cosa debe entenderse por necesidad urgente. Entonces, ahí tenemos un primer problema.

Uno segundo es la redacción de la norma, de tal manera que establece esta decisión de la entidad de manera facultativa. La entidad no es que esté obligada a concluir con el contrato. Tiene que definir la necesidad urgente y culmina con el contrato, si es que esto se requiere.

Claro, cuando uno piensa, en contratos de servicios, de repente, o, de repente, buena parte de los contratos que implican bienes, pero, si hablamos de obras, no se me ocurre a mí cómo podría quedarse una obra inconclusa.

Ahora temprano estuvieron hablando de las obras inconclusas, del problema serio de las obras inconclusas, entonces, esta es una de las razones por las cuales las obras se quedan inconclusas. La entidad dice: «Pues, es que ellos han resuelto el contrato, entonces, no continuemos con la ejecución contractual», y se generan todos estos problemas.

Yo creo, y ahí habría que ajustar la norma, que debería establecerse una regulación más eficiente para que la entidad deba concluir con la ejecución contractual, sobre todo, si hablamos de un contrato

de obra: puentes inconclusos, colegios inconclusos, hospitales inconclusos, carreteras inconclusas. Es serio.

Entonces, ¿cuál es el procedimiento? La entidad invita a los postores para que digan: «Oye, sí, sí, yo quiero concluir con el contrato».

Entonces, hay que calificar al proveedor. El órgano encargado de las contrataciones califica al proveedor. No dice la norma cómo es que lo califica.

Hay una directiva por ahí perdida del OSCE que trata sobre el tema, pero que tampoco nos resuelve mucho.

Y, finalmente, lo que hace la entidad es contratar de acuerdo con nuestra regulación, la ley y el reglamento. No es que contrata de manera diferente. Y contrata por la porción de la ejecución contractual que resta. Es decir, se resolvió el contrato y hay una porción de ejecución que resta, y esta tendría que concluirla el nuevo contratista.

Entonces, ¿cuál es el escenario ideal? Que el contrato, la ejecución contractual, sea concluida por el más idóneo. Y recordemos que, y eso lo conversamos ayer, ¿se acuerdan de que lo hemos conversado en todo el evento? Que la contratación administrativa se enfoca en satisfacer necesidades públicas.

Entonces, si queremos terminar de satisfacer esa necesidad, tenemos que culminar con el contrato. No tiene sentido que el contrato se quede a mitad de camino.

Pero, de repente, esta no es la mejor solución porque el riesgo es que aquellos que sean notificados por la entidad para que manifiesten su intención de concluir con el contrato no sean los más idóneos. Porque, claro, quien obtuvo la buena pro, es porque era mejor que los anteriores, ¿verdad?, con los que están debajo en el orden de méritos, y puede ser que de los demás, que tampoco son tantos, ninguno esté interesado en concluir con el contrato, con lo cual ahí tenemos un problema. Y, probablemente, quien esté interesado no sea el más idóneo porque, de repente, es el que está en tercero, cuarto o quinto lugar en el orden de méritos. Y eso afecta la idoneidad de la ejecución contractual. Entonces, acá está la problemática, justo lo que estábamos diciendo. El riesgo va a ser, entonces, que el contrato culmine. La entidad no consiguió quién ejecutara el resto del contrato, el contrato no se culmina y se queda inconcluso. Tenemos nuevamente puentes inconclusos, colegios inconclusos, hospitales inconclusos, carreteras inconclusas, etc. Situación muy grave.

Y les voy a contar un caso, un caso que ocurrió en la ONPE, yo trabajaba en la ONPE hace años, y ocurrió un caso bien chévere. Estoy siendo sarcástico. Ocurrió lo siguiente. Ustedes saben que los contratos de seguridad y vigilancia son contratos complejos. Son unos contratos de servicios que casi parece de obra. Bien complejo. Y en una entidad como la ONPE, la seguridad y vigilancia siempre es muy importante, sobre todo, por los riesgos de pérdida de intangibles o de riesgo de intrusión. Terrible, sobre todo, con lo delicado que es el proceso electoral.

Bueno, entonces, es muy delicado y, claro, establecer los términos de referencia del contrato de seguridad y vigilancia es complicado. La ejecución es complicada.

Entonces, ¿qué ocurrió? ¿Por qué se contrató? Me demoraría mucho en explicarles por qué se contrató a este postor, pero ¿qué ocurrió? No tenía retenes. ¿Qué son los retenes? Son el personal de vigilancia de repuesto, digamos. Me falta el personal y tengo que poderlo reemplazar rápidamente.

Entonces, había agentes de seguridad que se quedaban, dos turnos, tres turnos… uno se quedó cuatro turnos. ¿Se imaginan? 32 horas en el puesto. Más allá de la vulneración a sus derechos laborales, un agente con 32 horas ya no me sirve. No es eficiente.

Les resolvimos el contrato y ahí tuvimos un drama. Una telenovela turca porque, «¿a ver cómo hacemos para concluir con el contrato? ¿Qué? ¿Llamamos al siguiente? Sabe Dios». No había forma de culminar con el contrato. Y se nos ocurrió, ¿qué cosa? ¿Qué cosa creen que se nos ocurrió? Tuvimos que contratar el resto, que es otra opción, no lo dice el reglamento, pero es otra opción válida y que se utiliza, es contratar por desabastecimiento. Contratar por desabastecimiento, que es una contratación directa, pero, claro, eso demora. Unos días, ¿y quién se va a encargar de la seguridad y vigilancia de la ONPE? Entonces tuvimos que contratar cuatro días con caja chica, y ahí ver si las normas de tesorería lo permitían. Loquísimo. Y ese drama lo van a ver todo el tiempo. Si quieren ustedes, lo van a ver todo el tiempo.

Y ahí les puedo contar más anécdotas, pero acá el tiempo nos gana.

Muchas gracias.

Alfredo Soria Aguilar: Muchas gracias, doctor Guzmán

Vamos a darle el pase, entonces, ahora a Bryan Carbonel, que nos trae un supuesto específico. Nos dice: en una contratación pública de servicio de salud ¿qué puede hacer el centro médico la iPRESS cuando la IAAFA, entiéndase EsSalud, resuelve el contrato motivado por el pago al número promedio de atenciones de EsSalud, estipulado en la cláusula pertinente del contrato? Entonces, cuando ocurre esa causal, ¿qué es lo que, eventualmente, se puede hacer? ¿Qué puede hacer el centro médico?

Adelante, Bryan.

Bryan Carbonel: Gracias, muy buenas tardes. Gracias, doctor, gracias a todos los participantes y a esta mesa de abogados en la que estoy participando.

Bueno, desde hace 19 años, cuando hacía mi internado en mi profesión médica, siempre tuve la inquietud en el tema legal con respecto a la mala praxis y con respecto a cómo se hacían las compras dentro de los hospitales.

Entonces, ahí, luego de eso ya me formé de abogado. Entonces, en ese momento, siempre tomé en cuenta el tema de cómo se hacían esas contrataciones.

Entonces, el día de hoy voy a invitarlos a que puedan dar una mirada a lo que es la realidad de las compras, de las contrataciones del Estado, con respecto a los servicios de salud.

¿Y quiénes son estas instituciones? Para que se realice una compra o, por ejemplo, para que se pueda dar una atención de salud, se necesitan dos partes: la entidad, en este caso, las IAAFAS, las que son las Instituciones Administradoras de Fondos de Salud, que pueden ser públicas, por ejemplo, EsSalud o el SIS, o pueden ser particulares, como Mapfre, Pacífico, instituciones de ese tipo.

Ahora, ellos son la entidad, ellos son los que le dan el pago, ellos son los que le pagan al establecimiento de salud, y el establecimiento de salud recibe el nombre de iPRESS.

Las iPRESS pueden ser también, al igual que las IAAFAS, de dos tipos. Pueden ser particulares… Las iPRESS son las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, y tienen el rol de proveedor.

Entonces, ya vemos que en el esquema hay una entidad, que es la que le paga al proveedor por dar la atención del servicio de salud. Y las iPRESS pueden ser, al igual que las IAAFAS, particulares o pueden ser estatales. Las particulares, por ejemplo, pueden ser las clínicas, los consultorios especializados; y las estatales son los hospitales.

Entonces, les traigo el caso de lo que pasó y fui testigo de este caso porque pasó con una iPRESS particular.

Como es conocido por todos y no es una realidad solamente del Perú, sino de toda América Latina, siempre hace falta la atención de salud. Se los digo porque atiendo pacientes, al igual como veo procesos de litigación. Entonces, siempre hace una falta en la atención de salud. ¿Y por qué se da esa falta? Mejor dicho, ¿quiénes cubren lo que no puede cubrir un hospital? Lo cubren los establecimientos particulares. Estos establecimientos particulares también son iPRESS.

Y, bueno, lo que pasó en este caso, en este ejemplo, fue que esta iPRESS ya tenía un contrato con el seguro social para dar el servicio de hemodiálisis. Se les da a los pacientes que tienen insuficiencia renal.

En la primera ola del covid ¿qué es lo que pasó? Ya no había pacientes y la iPRESS ya había gastado en insumos, en contratos con médicos, en contratos con personal de servicio.

Como decía en los contertulios en la mesa, en realidad, no hay una igualdad entre la entidad y el proveedor porque, muchas veces, la entidad tiene, por ejemplo, el hecho de las cartas fianza para poder ejecutarlas, pero las iPRESS, que son las que dan el servicio, muchas veces no tienen cómo llegar rápidamente a esa indemnización o, por ejemplo, al pago por las pérdidas que se le ha generado debido a que se le hace una resolución de contrato.

Lo primero que debía hacer la iPRESS o, lo que se recomendó en esa ocasión, es aprovechar el escrito de contestación de la demanda para formular la reconvención frente a la IAAFA.

Recordemos que la IAAFA es la institución que realiza el pago, la entidad. Esto es muy importante porque las iPRESS, por lo general, no tienen una orientación. Muchas veces, generalmente, les falta una orientación arbitral porque, generalmente, llevan los procesos a conciliación, por ejemplo, o utilizan la vía judicial. Pero, en la parte arbitral, muchas iPRESS no cuentan con lo que sí cuenta la entidad. La entidad, a veces, tiene árbitros, incluso, que asesoran a la entidad, y eso lo vamos a ver más adelante.

Bueno, este es un ejemplo de solicitud.

Bueno, yo los invito a que puedan, de alguna manera, acercarse un poco a las iPRESS para brindar esa asesoría con respecto a esa desigualdad que hay entre las iPRESS y las IAAFAS porque, muchas veces, las IAAFAS, no solamente con el ordenamiento legal vigente, no solamente tienen el apoyo de árbitros, sino en las instituciones del Estado, sino también, lo que hace más completo esta condición para las iPRESS, es también las normativas paralelas que existen. Porque, aparte de ello, en el Perú nosotros tenemos un SuSalud, que es una Superintendencia de EsSalud, que se encarga, no solamente de supervisar el trabajo que tienen las iPRESS, sino también de sancionarlas.

Además de eso, los contratos que se establecen entre una iPRESS y una IAAFA, a diferencia de otro tipo de contratos como el de obras, por ejemplo, es que se establece el contrato en base a una estimación de población. No es a un, podríamos determinar, a una cantidad fija de pacientes, sino se establece en base a un promedio. Por eso, la complejidad es mayor en estos casos.

Listo, muchas gracias.

Alfredo Soria Aguilar: Exacto, doctor. Muchísimas gracias.

A continuación, tenemos la participación del doctor Paolo del Águila, quien va a desarrollar el tema ¿cuánto cuesta resolver un contrato?

Adelante, doctor.

Paolo del Águila: Muchas gracias, Alfredo.

Richard Postner, que es un abogado estadounidense y fue un juez del Circuito de Chicago y profesor de la Universidad de Chicago, en la Escuela de Leyes, dice, en sus trabajos, que la legislación contractual está sometida a un proceso competitivo medido por las partes.

¿Qué quiere decir esto? Básicamente, que si una norma, una regulación no responde, no está alineada a los intereses de las partes, las partes, de acuerdo a lo que contraten, se encargan de expulsar esa norma o esa regulación que no conviene a sus intereses, y, por tanto, no da valor al contrato.

De hecho, eso lo hemos visto en la legislación civil. Alfredo, que es un experto en la materia lo sabe, con el tema de la intimación en mora, por ejemplo. O sea, todo el mundo pone que no es necesario requerir para que caiga en mora el deudor.

Y en el tema arbitral también lo hemos visto, por ejemplo, con el tema de apelación con la derogada ley de arbitraje. ¿Qué decía la antigua ley de arbitraje? Que los laudos eran apelables. ¿Qué hacían las partes en sus contratos o en su convenio arbitral? Decían: «el laudo es inapelable». Tanto es así que cuando se modifica la ley con la actual, ya los laudos no son apelables porque, de facto, el uso de esa regulación cayó en desuso, porque las partes dijeron: «Oye, este interés mío de que el laudo no se apelable, no va en línea con lo que dice la ley».

Entonces, las partes son las que terminan creando sus relaciones contractuales en función a los intereses y al mayor valor que le dan al intercambio contractual.

Ahora bien, la finalidad, desde mi punto de vista, aunque hay, obviamente, detractores, del derecho contractual, yo la podría resumir en cinco grandes puntos.

Primero, una reducción de costos de transacción para que la negociación y la celebración de contratos sea mucho más fácil y clara.

En segundo lugar, un estímulo a la cooperación de las partes para, justamente, se dé lo anterior.

En tercer lugar, la reducción de la simetría informativa para que lo que cada uno conozca esté nivelado, y uno no engañe al otro o uno no sepa más que el otro, y, por tanto, tus decisiones de compra y venta o tus decisiones de consumo sean las adecuadas y sean eficientes.

En cuarto lugar, el aseguramiento o el asegurar el cumplimiento de los contratos.

Y en quinto y último lugar, disminuir el riesgo del incumplimiento. Ojo, el riesgo del incumplimiento.

Y ahí viene una primera pregunta, sobre la cual tengo alguna respuesta, pero no es tan seguro, así que, seguramente, esto va a dar lugar a otras discusiones. ¿Cómo aseguramos elevar el *ratio* de cumplimiento de los contratos?

Básicamente, desde mi óptica y lo que he podido analizar un poquito, es a través de dos mecanismos. Uno, penalizando eficazmente los comportamientos incumplidores, principalmente, a través de indemnizaciones por daños y perjuicios, y el uso de garantías adecuadas. Cosa que, por ejemplo, y esto lo decía Úrsula, atañe a daños y perjuicios, es acá un *de Tín Marín de Do Pingüé*, o sea, nadie sabe qué te va a dar un juez de indemnización porque no hay predictibilidad y no hay fórmulas matemáticas claras en cuanto al tema indemnizatorio, y eso es grave.

Y lo segundo, decía que eran dos mecanismos, uno era el tema de la penalización, y lo segundo es el *enforcement*, es decir, que las Cortes se pongan los pantalones para que se cumplan los contratos y se castigue severamente al incumplidor.

En otras palabras, que quien incumpla, cuando haga su análisis de qué me cuesta más, se dé cuenta de que incumplir cuesta más al beneficio obtenido por el incumplimiento.

Esto va a hacer que, dentro de un contexto razonable, yo quiera cumplir mi contrato porque el beneficio obtenido va a ser siempre mayor, y si no lo cumplo, el costo va a ser infinitamente mayor al beneficio que pudiese haber obtenido por el incumplimiento.

Creo que con esto se puede minimizar el riesgo del incumplimiento, y, por tanto, de la resolución contractual, y hacer que también la probabilidad de firmar o celebrar contratos con una *ratio* de cumplimiento baja, también sea limitada.

Es decir, limitamos la celebración de contratos con cumplimientos o posibilidad de cumplimientos muy bajas.

Ahora bien, ustedes dirán: «este pata se volvió loco porque de qué está hablando, si esto es un tema de contratación pública».

Y la pregunta o la segunda pregunta que traigo: ¿y esto se aplica a la contratación pública, a los contratos de la Ley de Contrataciones del Estado?

Y mi respuesta, igual puede haber detractores, evidentemente, es que sí. Pienso que es totalmente aplicable en tanto el intercambio también busca aumentar el valor para ambas partes en el entendimiento de que, tanto el contratista como el Estado, hacen estos intercambios para ganar un mayor valor, y con esto plan de bienestar social en términos de maximización.

Creo también que en los casos de contratación pública no debemos perder la perspectiva de que hay una situación paritaria con ciertas reglas especiales, pero paritarias, al fin y al cabo, donde, acaso sería bueno seguir, en gran medida, las reglas de la contratación privada.

De hecho, a mí me gusta mucho el artículo 1 de la Ley de Contrataciones, el cual habla de una finalidad y lo estoy fraseando, simplemente, para maximizar valor de los recursos invertidos, a cambio de recibir bienes, servicios y obras que repercutan positivamente en la vida de los ciudadanos.

Es casi un óptimo paretiano esto, es decir, cómo hago para recibir el mayor valor con los escasos recursos que yo poseo como Estado, y lograr a través de estos recursos limitados, maximizar lo que yo reciba como contraprestación en bienes, servicios y obras.

Esto, básicamente, desde mi punto de vista, una lectura economicista del artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado.

En ese aspecto o bajo esa lógica o ese orden de ideas, la entidad y el contratista pueden resolver el contrato. Sí pueden, pero es «pueden», no «deben», de acuerdo a la ley y a su reglamento.

Siendo así una posibilidad donde se faculta a las partes a tomar una decisión extrema, como es la resolución del contrato. Y es extrema porque no valora la finalidad contractual.

Es en ese sentido también que podemos asumir o pensar que no se gatilla automáticamente, me refiero a la resolución del contrato, ante un primer incumplimiento, ante una acumulación de penalidades, sino que esta, la resolución, debe ser una posibilidad si se vislumbra con certeza la imposibilidad de obtener la prestación esperada.

Una resolución de un contrato sea público o privado, no cumple con la finalidad del mismo. Siendo así, vemos cifras alarmantes, como las que nos enseñaban en la mañana, donde te puedo dar todo un informe de Contraloría del año pasado, más de 1700 obras están paralizadas y con esto más de 22 mil o 25 mil millones de soles en montos de inversión están también en *stand by*.

Esto es realmente preocupante. ¿Por qué? Porque los contratos no se cumplen.

No hay que olvidar que, en los contratos con el Estado, en la gran mayoría de ellos, estamos hablando de contratos por adhesión, o contratos, donde la posibilidad de negociación de una de las partes es bastante limitada.

Siendo así, y con esto voy terminando, creo que el Estado es el llamado a introducir regulaciones que incentiven en términos de mayor valor, de mayor valor a las partes, el cumplimiento contractual y desincentiven lo contrario, y no se genere esta suerte de carrera por resolver primero, que es lo que yo siento en el *feeling* de la contratación, que es lo que existe. Y, de hecho, la gran mayoría de arbitrajes llegan, entre otras cosas, por controversias por quién resolvió primero y quién resolvió bien primero. Y creo que esa no es la lógica que debe reposar en una finalidad contractual, sea privado o sea público.

De hecho, y tomo las palabras de Ricardo que está en la mesa, en la audiencia, creo que hay vasos comunicantes de lo público y lo privado, y, de hecho, también, el derecho contractual privado tiene cosas que aportarle al derecho contractual público.

En ese sentido, creo también importante poder dar cuenta o aportar que la resolución del contrato en la obra pública no es, de pronto, la mejor solución, sino encontrar regulaciones que incentiven los cumplimientos y bajen el riesgo del incumplimiento.

Muchas gracias.

PANEL XIV. ACCIONES PARA MEJORAR LOS PERITAJES

Carlos Daga [1] (moderador)
Alberto Llave [2]
Beatriz Rosa [3]
Reiner Solís [4]

[1] Ingeniero civil por la Universidad Nacional de Ingeniería, con un Máster en Gestión de Alta Dirección por la Universidad Federico Villarreal. Es miembro de la CLAPEC, consultor senior QDR. Es experto en cuantificación de costos, plazos para peritajes en construcción. Cuenta con experiencia en ejecución de contratos de ingeniería, construcción y concesiones en los sectores de minería, petróleo e infraestructura, representando intereses del demandante y contratistas

[2] Ingeniero civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tiene Máster en Gerencia de Proyectos, experiencia en gerencia y producción de obras privadas y públicas, en infraestructura, edificación, obras industriales y mineras, liderando proyectos de alta complejidad técnica. Es adjudicador de JRDS y DABs, es árbitro, perito técnico, miembro de la DBRF y la Comunidad Latinoamericana de Proyectos de Construcción y también de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción.

[3] Ingeniera brasileña de producción mecánica y defensa, con Maestría en Tecnologías y Gestión de Ecogeneración y Generación Distribuida. Es socia de Taroba Engenharia, es miembro de *dispute boards* y de la Clapec. Es árbitra, mediadora y perito en diversas cámaras de mediación y arbitraje

[4] Ingeniero con magíster en Gerencia de Proyectos y es doctor en Ingeniería por la ONFE. Es perito, consultor en controversias de ejecución de obras, adjudicador de JRDS, árbitro, vicepresidente de la Clapec, miembro de la DBRF y del AACE Internacional. Es socio de ANETRIC SAC y del Grupo Royan (2:28), y es director del Centro de Arbitraje del CIP.

Carlos Daga: Muchas gracias, muy buenas tardes con todos.

El propósito de nuestro panel, que tiene como nombre «Acciones para mejorar los peritajes», es identificar problemas recurrentes en los peritajes de construcción para generar acciones de mejora y que las partes, los abogados y el tribunal cuenten con informes periciales de calidad, que mejoren en la credibilidad del perito frente al tribunal.

Vamos a empezar con el ingeniero Alberto Llave.

Alberto, por favor, ¿qué importancia tiene que el perito demuestre su imparcialidad e independencia en la elaboración de un informe pericial?

Adelante, Alberto.

Alberto Llave: Gracias, Carlos.

El tema de imparcialidad e independencia, sin duda, lo vamos a tratar transversalmente a lo largo de toda esta conversación. Habría que entender o definir claramente que «imparcialidad» es la ausencia de sesgos o predisposición a favorecer a una de las partes, mientras que la «independencia» consiste en mantener la libertad y autonomía en el ejercicio de las funciones.

El perito debe ser una ayuda confiable y competente para el tribunal arbitral que debe laudar sobre controversias que, muchas veces, involucran aspectos técnicos que escapan a su *expertise*. Para que un perito brinde, efectivamente, esa ayuda, además de demostrar competencia en el tema materia del informe pericial, debe merecer la confianza del tribunal siendo muy objetivo e imparcial.

El perito perderá la confianza del tribunal, si no demuestra imparcialidad e independencia en todas sus actuaciones. Son elementos esenciales que demuestran la integridad y conducta ética de los peritos.

Ahora, ¿qué pasa si el tribunal no está convencido de la objetividad del perito?

En esos casos, el tribunal tiene varias opciones. Pueden encargar un informe pericial de oficio. Esto retrasará y encarecerá el proceso arbitral y restará control a las partes sobre la información que maneja el perito.

Cuando las partes presentan informes periciales que son divergentes en algunas conclusiones, el tribunal arbitral también puede solicitar a los peritos elaborar un informe conjunto. Eso es menos costoso que un arbitraje y un peritaje de oficio y, de hecho, genera beneficios porque si no llegan a un acuerdo, al menos, podrán explicar al tribunal arbitral en qué consisten las diferencias de criterio y acercarse en los otros puntos.

Por la formación de los peritos, que deben buscar la verdad a partir de los hechos ocurridos y situaciones reales, es más factible que cooperen en llegar a acuerdos, a diferencia de los abogados, que tradicionalmente muchos tienen una formación más confrontacional. Inclusive, el tribunal arbitral, luego de presentado el informe conjunto, podría convocar a una audiencia conjunta en la que el tribunal lidere las preguntas a cada uno los peritos, a fin de terminar de entender las diferencias que subsisten.

Los abogados de las partes limitan su participación a presentar, eventualmente, objeciones.

Este método se usa en otros países y se conoce como *hot-tubbing*.

Nada más, por ahora, Carlos.

Carlos Daga: Gracias, Alberto.

Un aplauso para Alberto.

Yo creo que también es importante tener en cuenta, para el tema de imparcialidad del perito, es que el perito siempre tiene que cuidar de que atenten contra su imparcialidad.

En algunos casos, en acceder que al perito le pongan el número al que tiene que llegar. ¿Sabes qué? Son cien millones y a este número tiene que llegar. O son un plazo de 200 días y este es tu número.

Entonces, tenemos que cuidarnos muy bien nosotros en esos casos.

Ahora continuamos con Beatriz.

Beatriz, ¿usted escribió un artículo en la *Revista Brasileña de Arbitraje*, presentando un Código de Ética para petitos. ¿En qué medida, Beatriz, este Código contribuye a mejorar el desempeño del perito?

Adelante, Beatriz.

Beatriz Rosa: Gracias, Carlos.

Muy bien, la ética es un aspecto primordial que debe estar arraigado en la cultura de todas las actividades.

En lo que respecta a peritos en procesos, una conducta ética y una reputación intachable, son esenciales para el cumplimiento de sus funciones.

Estudiamos los códigos de ética de varias entidades profesionales que trabajan en peritajes y encontramos que los manuales de ética tienen criterios similares que se considera esenciales para las más variadas profesionales. Po lo tanto, entendemos que sería fundamental abordar estos temas, ya que son básicos para la postura de los peritos.

Son conductas comunes a los peritos de las más diversas profesiones, además de la capacidad técnica que es la primera, conciencia, transparencia, diligencia, honestidad, celo, confidencialidad, manifestación de la existencia de impedimento, incompatibilidad para el ejercicio de la función, pleno conocimiento de la legislación, normas y procedimientos relativos a la función tecno-científica, negarse a obtener ventajas ilícitas, negarse a contribuir a peritajes destinados a defraudar la ley y actuar siempre de buena fe. Y la más importante de toda conducta es el consenso entre los manuales, la obligación que Alberto dijo de imparcialidad e independencia de los peritos.

El Código de Ética sugerido, define de manera objetiva cuáles deben ser los principios, derechos, deberes, conductas, prohibiciones, impedimentos que deben guiar la actuación de los peritos, con el objetivo de garantizar una conducta intachable, irreprochable en cuando a las normas de ética.

Consideremos que el Código de Ética sugerido sirve como un primer parámetro a ser observado por los peritos sin descartar otros que también pueden ser considerados, haciendo que los peritos mejoren su desempeño con parámetros objetivos y no tengan dudas sobre su propia postura, ni estén indebidamente evaluados por terceros.

Gracias.

Carlos Daga: Gracias, Beatriz.

Continuando, le toca el turno a Reiner Solís.

Reiner, ¿existe la práctica de no usar informes periciales en tribunales arbitrales sobre temas de orden técnico?

Adelante, Reiner.

Reiner Solís: Hola a todos, un saludo grande.

Respondiendo a tu pregunta, Carlos, yo considero que la manera de llevar el entendimiento técnico a un proceso arbitral es a través de la prueba pericial. Sobre todo, en disputas de obras, donde se hace necesario el empleo de un conocimiento técnico.

Como consecuencia, opino que el arbitraje debiera contemplar con el auxilio de peritos, a los que no les corresponde tener interés en el resultado de la demanda.

A veces, se puede encontrar una tendencia a no usar informes periciales en algunos tribunales arbitrales, sobre todo, en casos relacionados a impactos de daños de construcción; sin embargo, los tribunales arbitrales debieran tener en cuenta que pueden existir controversias que están sustentadas en correlaciones simples en impactos aparentes, y que por muy lógicas y correlacionadas que aparenten, no tienen una relación de causalidad directa. El nexo causal no puede desprenderse de una aparente relación lógica. Se hace necesario la actuación de un informe pericial.

La cuantificación de daños representa un microuniverso dentro del arbitraje y los peritos somos los encargados de cuantificar estas pretensiones, y, en buena cuenta, determinar la cuantificación del monto solicitado por la parte recurrente en el tribunal arbitral.

Gracias. Eso fue para responder.

Carlos Daga: Muchas gracias, Reiner.

Bueno, continuando. Continuamos con Alberto.

Alberto, ¿un perito es realmente independiente e imparcial al ser contratado por una de las partes para presentar un informe a un tribunal arbitral?

Alberto Llave: Carlos, como sabes, muchas personas hablan de que el perito nace con un pecado original.

Bien, un pecado original al recibir un encargo que es remunerado, un encargo de una de las partes, y al ser remunerado ese encargo, siente, de alguna manera, una obligación por emitir un informe que sea de agrado de la parte que lo está contratando.

¿Puede limpiarse el perito de ese pecado original que, efectivamente, podría afectar su imparcialidad, y, objetivamente, crea un lazo de dependencia económica con quien lo contrata? ¿Qué piensan ustedes? ¿Quiere levantar la mano el que está de acuerdo con que el perito sí se puede limpiar de ese pecado original? ¿O está manchado? Son pocos los que piensan que el perito sí se puede limpiar de ese pecado original.

Pienso que sí. Aclaremos algunas cosas. El perito recibe un encargo profesional por el que cobra unos honorarios, como es lógico. Lo que no significa que hay una relación de dependencia en cuanto

a qué y cómo debe inscribir su informe. El perito mantiene su libertad o debe de mantener su libertad y autonomía en el ejercicio de sus funciones. Y en ese actuar libre y autónomo debe emitir un informe basado en hechos objetivos, librándose de sesgos que favorezcan a una u otra parte. Es decir, imparcialmente.

Yo creo que lo honrado, lo ético de un perito cuando recibe un encargo, es revisar rápidamente los documentos y reunirse con la parte que lo está contratando, y darle una primera impresión de, si lo que va a informar le ayuda o no le ayuda en el arbitraje, porque ya la parte tomará la decisión de si continúa con ese perito o no, pero tiene que dejar claramente sentado que él va a emitir un informe en base a hechos objetivos, y, de repente, ese informe no le va a gustar a la parte que lo está contratando. Dicho sea de paso, cobren por adelantado los honorarios porque, si no…

No debe suceder que un perito pueda tener un interés particular en el resultado de la controversia, como puede ser que sea contratado recurrentemente por una de las partes o percibe honorarios de éxito; los famosos *success fee* u otros incentivos que inclinen al perito a buscar un resultado favorable para la parte que lo ha contratado.

Carlos Daga: Gracias, Alberto. Gracias. Un aplaudo para Alberto. Muy relevante

Ahora continuamos con Beatriz.

Beatriz, ¿funciona la práctica de usar, de utilizar, únicamente, peritos de parte en los arbitrajes, de tal manera que produzcan un único informe pericial?

Por favor, cuéntenos ¿cómo es su expectativa? ¿Cómo es en Brasil en la práctica?

Beatriz Rosa: Bueno, lo que hemos visto suceder es que esta práctica acaba generando un informe pericial confuso, con posiciones contrapuestas o incompatibles.

Los peritos de parte, al fin y al cabo, de alguna manera, no son totalmente independientes porque la parte que los contrató lo hizo pensando que la defendería. En otras palabras, es esperado del perito de parte por parte de la parte que lo contrató, que no permita que el informe pericial se incluya nada que lo condene completamente.

El resultado de esto es que el tribunal arbitral no tendrá información útil para su decisión. Quedarán dudas que, a menudo, son cruciales para la decisión del caso. Por lo tanto, el tribunal arbitral solo tendrá la opción de consultar a un técnico imparcial independiente del tribunal arbitral, o emitir una decisión con el riesgo de cometer un error técnico grave.

Más adelante, Carlos, si hay tiempo, explicaré la práctica brasileña, tanto en justicia como en arbitraje, cómo hacemos nosotros.

Carlos Daga: Muchas gracias, Beatriz.

Vamos a continuar con Reiner.

Reiner, ¿cuál es la importancia de distinguir, para los peritos, la diferencia de causalidad *versus* correlación?

Reiner Solís: Gracias, Carlos.

La correlación fija una relación de correspondencia, no de causalidad. Es el caso que las controversias relacionadas a la cuantificación de daños, algunas veces, suelen expresarse reclamos de determinados sucesos, que, si bien aparecen con un sustento correlacional, pueden no estar vinculados causalmente.

Pueden existir reclamos que, sustentados en afirmaciones, que, aparentemente, pueden resultar muy lógicas y bien correlacionadas, sin embargo, sometidas a un análisis de contradicción, derivadas de un informe pericial, puede demostrarse que esa relación no existe, que no hay una causalidad directa.

Esto deriva del error de apreciar una relación causal de manera superficial o de lo que, realmente, existe, es una simple correlación.

En la acreditación de un daño, el nexo causal no puede desprenderse una aparente relación lógica, como dije hace un rato. Se hace necesario la actuación de un informe que pueda demostrar esta relación con un análisis cuantitativo riguroso.

Si bien una de las partes puede manifestar en su demanda que no hay duda sobre la existencia de una relación de causalidad, pero también puede ser cierto que ese contexto causal que expresa es, simplemente, que podría ser solo lineal y no se ha examinado todas las variables del contrato y de la demanda. En este sentido, creo que siempre se debe tener presente que existe una diferencia de una correlación y una causalidad que se implique necesariamente.

Eso nada más tengo.

Carlos Daga: Muchas gracias.

Bueno, vamos a continuar con Alberto.

Alberto, por favor, explícanos ¿cómo se debe presentar un informe pericial para que tenga éxito en el tribunal?

Alberto Llave: Gracias, Carlos.

Bueno, uno recibe un encargo de un informe pericial y recibe una cantidad, ya no de archivado, sino de gigas de información desordenada, generada en obra muchas veces, inconexa, que tiene que ser revisada rápidamente. Entonces, que comenzar por ahí, ordenarla, clasificarla, de tal manera que, efectivamente, podemos basarnos en hechos objetivos y verificables para poder emitir un informe.

Hay que consultar por la información faltante o complementaria lo antes posible porque no siempre la tienen disponible. Si es faltante es que no la tienen disponible. Y si no está disponible, es porque el ingeniero que estuvo en obra ya no está en el momento en que apareció la controversia y en que ha ido a arbitraje, y se la llevó en su laptop y a ver si lo encuentran y consiguen esa información que falta.

Hay que definir claramente el alcance del informe pericial, y eso tiene que ser suscrito también por la parte que lo está contratando. El tiempo en que se hará el informe y su costo y forma de pago. Debe precisarse la metodología que se va a emplear para analizar el caso.

Es muy importante lo que explicaba Reiner hace un momento, sobre las diferencias entre la causalidad y la correlación, si se va a emplear alguna de las metodologías de las prácticas recomendadas, pero hay que aplicar prácticas recomendadas, tecnologías y metodología reconocida para hacer un análisis pericial.

Hay que detallar con claridad los antecedentes relevantes y situar los hechos en el tiempo. Ayudan mucho los gráficos, las líneas de tiempo, los 3D, inclusive, algunas de las herramientas BIM para mostrar e ilustrar gráficamente a los árbitros lo que ha sucedido en obra. Es de gran ayuda todo este tipo de ayudas audiovisuales.

Todas las fuentes, hechos, pruebas, bibliografía que se usen, deben ser claramente identificadas, listadas en los anexos y debidamente citadas.

El lenguaje debe ser claro, accesible a personas que no poseen los conocimientos técnicos en la materia que se trata.

Las conclusiones deben ser claras y objetivas, basadas en el análisis de los hechos objetivos.

Nada más por ahora. Gracias.

Carlos Daga: Muchas gracias, Alberto.

Bueno, vamos a continuar con Beatriz.

Beatriz, y ahora hablando de conflictos de intereses de peritos, ¿cómo se puede mejorar la práctica en este tema para evitar desconfianzas de las partes?

Beatriz Rosa: Creo que la manera de mejorar las prácticas en este tema es que las entidades de ingeniería desarrollen buenas prácticas y directrices sobre conflictos de intereses.

Hicimos esto en Brasil, Ibape, que es el instituto brasileño de evaluaciones de peritajes de ingeniería, preparó un folleto al estilo de las directrices de IBA para árbitros.

Este folleto indica qué situaciones se consideran conflictos de interés, cuáles deben ser reveladas y cuáles indico inmediatamente que son conflictos de interés, que el perito no debe aceptar la tarea.

Otro punto relevante presentado por estas guías fue la determinación de una cuarentena de dos años. La cuarentena es el período que los peritos de parte deben respetar para poder aceptar un rol como perito en un tribunal, o, alternativamente, hacer la revelación, y las partes expresen si lo aceptan o no.

Carlos Daga: Muchas gracias, Beatriz.

Creo que, verdaderamente, es importante lo que dice Beatriz. La transparencia en la revelación de los conflictos. Yo creo que aporta mucho en la práctica, verdaderamente, y, bueno, acá en el Perú, a veces, se obvian esas cosas. Pero eso perjudica el proceso y causa mucho más costo en el proceso.

Bueno, gracias.

Bueno, ¿continuamos con Reiner. Reiner. ¿Qué espera un perito de la conducta de un tribunal arbitral cuando expone su informe pericial?

Reiner Solís: Bueno, acá he hecho una lista de deseos, como adelanto de la opinión.

- Yo desearía que me permitan responder las preguntas de manera completa y exhaustiva.
- Yo desearía que los árbitros me proporcionen suficiente tiempo para las explicaciones detalladas.
- Yo desearía que el tribunal arbitral haya leído mi informe pericial y pueda formular mis preguntas más informadas y relevantes.
- Yo desearía que no le pregunten cosas de Derecho al perito.

- Yo desearía que no realicen preguntas que no estén relacionadas con el mundo del objeto pericial, y que las preguntas estén enfocadas en las áreas específicas en las que el perito tiene conocimiento especializado.

- Yo desearía que los árbitros, en su pregunta, no deban sugerir una respuesta en particular, y que el tribunal, sobre todo, al momento que los abogados de las partes realicen el *cross examination* al perito, no permitan que cada abogado argumente su caso previamente y luego recién pregunte.

- Yo le pediría al tribunal arbitral que siempre propongan un trato de respecto y cordialidad de las partes con el perito y no lo pongan en sacrificio.

- Yo desearía que los árbitros propongan a las partes que las preguntas sean de manera respetuosa y profesional, manteniendo siempre un tono neutral, evitando cualquier confrontación necesaria que pueda obstaculizar el proceso.

- Yo desearía que realicen preguntas solicitando aclaraciones, si es necesario, si alguna respuesta del perito no es clara, que pidan esa información.

- Yo desearía que, en el caso de que sea un tribunal, se coordine para evitar las repeticiones o repreguntas y se pueda cubrir todos los aspectos relevantes que desea el tribunal.

Esta es una lista de Navidad, pero la quería mencionar.

Carlos Daga: Gracias, Reiner.

Esperamos que tus deseos se cumplan. Ahora continuamos con Alberto: ¿cómo debe prepararse un perito para un contrainterrogatorio o un *cross examination*?

Alberto Llave: Gracias, Carlos.

En el Perú es muy usual el contrainterrogatorio, el *cross examination* que consiste en que los peritos son sometidos a un interrogatorio por los abogados de las dos partes y también por el tribunal. Es muy importante en nuestros procesos arbitrales. La parte contraria y los árbitros tienen la oportunidad de interrogar al perito para poner a prueba su credibilidad, conocimiento y opiniones.

En este caso, los abogados tienen la opción de hacer preguntas por separado a cada uno de los peritos, buscando sumar puntos a favor de su posición, y restar credibilidad del perito de la parte contraria.

Sirve también para obtener información adicional que puede ayudar a la parte contraria a ganar el caso.

El *cross examination* muchas veces se centra únicamente, lamentablemente, en desacreditar al perito, antes que a evaluar el tema de fono, convirtiéndose, a veces, en un contrainterrogatorio hostil y *ad hominem,* lo cual no ayuda al tribunal a tener una visión clara del tema.

El perito debe conocer muy bien su informe. Debe saber a qué se presenta cuando se presenta a un *cross examination.* Saber que las preguntas van a ser hostiles, y debe conocer muy bien su informe y todos sus anexos para demostrar su competencia y convencimiento de las conclusiones a las que ha llegado.

Conviene adjuntar los anexos estrictamente necesarios, pues, deberá demostrar conocimiento de cada uno de ellos.

Es frecuente que un abogado busque la página 1537 del informe no sé qué y se la ponga al perito y le diga: «¿Y usted ha leído este párrafo?». Entonces, tiene que estar preparado para este tipo de interrogatorio.

Usar términos sencillos y entendibles para todos. En caso de desconocer algún tema o detectar algún error en su informe, debe decirlo. Eso ayudará a fortalecer su credibilidad y reforzar la confianza del tribunal.

Por último, debe limitarse a sustentar el informe pericial, y no entrar a argumentar temas legales que no son de su competencia.

Gracias.

Carlos Daga: Muchas gracias, Alberto. Un aplauso para Alberto porque nos ha ilustrado de una manera muy objetiva y sencilla.

Ahora continuamos con Beatriz.

Beatriz, ¿cómo diferencias la práctica brasileña el papel del perito del tribunal arbitral del perito de parte?

Beatriz Rosa: En Brasil, tanto en el Poder Judicial como en los arbitrajes, el rol del perito judicial o perito de tribunal arbitral difiere del rol del perito de parte.

Al perito de parte, nosotros le llamamos «asistente técnico», «asistente técnico de la parte».

El perito es un técnico imparcial, independiente, designado para realizar peritajes y evaluar pruebas con el objetivo de satisfacer las necesidades de los procesos y aclarar a los jueces y árbitros sobre cuestiones técnicas.

El asistente técnico que sería nuestro perito de parte es un técnico contratado por una de las partes, designado para realizar opinión y trabajos técnicos, así como realizar el seguimiento de las pericias, con el objetivo de satisfacer los intereses del contratante. Esto es bien distinto.

Así, este perito es libre de actuar en defensa de su cliente, pero su límite es el límite de la técnica.

También es importante mencionar la diferenciación que hay en relación al testigo técnico, que es diferente al asistente técnico.

El testigo técnico es un perito técnico que se presenta ante el órgano y proceso de decisión para actuar de forma independiente y parcial, con el objetivo de esclarecer un punto concreto específico.

Pienso que eso, Carlos, en mi opinión, es una manera de actuar que no genera dudas en relación a imparcialidad y la competencia, principalmente, de los asistentes técnicos. Son peritos, sí, conocen la técnica y saben lo que le pueden decir a uno, pero tienen cierto margen de trabajo que no perjudique a su cliente.

Carlos Daga: Muchas gracias, Beatriz.

Continuamos con Reiner.

Reiner, ¿cuáles son las fortalezas y debilidades de la participación de un perito en un DAB?

Reiner Solís: Voy a poner un marco. El verbo de un árbitro es laudar, es su actuación principal. El verbo de un DAB, miembro DAB es prevenir, evitar y, residualmente, decidir. Pero el verbo de un

perito es explicar su informe pericial, aplicar técnicas forenses, tener una mirada retrospectiva. Se capacita en esas metodologías.

¿Esas cualidades únicas de un perito le sirven para ser un miembro DAB? Yo, a la fecha, ya terminé seis DABs, pero cuando incursioné en este mundo de los DABs, pensé que esta cualidad de ser perito iba a ser fuerte, y fue todo lo contrario. El reto de un perito para participar como un miembro DAB es grande.

El perito tiene que cambiar de mentalidad. Su mentalidad, de retrospectiva a prospectiva. Usar su capacidad y experiencia como que ha tenido para tener esta mirada y en lugar y escenario de crisis, problemas potenciales que pueden aparecer en obra. Y saber trabajar en equipo junto con las potenciales habilidades de los otros miembros de DAB. No es el perito solitario que analizar y usa la matemática con su metodología retrospectiva.

Ser perito no te asegura ser un miembro DAB, definitivamente, así como, seguramente, ser otro profesional tampoco. Como dice Jaime Gray, el DAB es un tema en el que confluyen varias cosas. Es un animal especial, le llamaban ornitorrinco. Creo que para todo perito va a ser un reto incursionar en el mundo de los DABs. Claro que no hay una regla clara, pero la experiencia, la capacidad, la capacitación constante, el saber reflexionar y entender que siempre estamos en constante aprendizaje, que nunca lo sabemos todo es el primer paso.

Gracias.

Carlos Daga: Muchas gracias, Reinel.

Ahora vamos a continuar con las preguntas. Empezamos, ¿cuáles son los problemas recurrentes en peritajes de construcción?

Adelante, Alberto.

Alberto Llave: Lo que yo más he visto han sido ampliaciones de plazo y mayores costos asociados.

Carlos Daga: Por favor, Beatriz.

Beatriz Rosa: Sí, tenemos. Sin dudas, los temas que más surgen son reclamos relacionados con cambios de precio, plazo y alcance.

Es decir, cuantificación de estos reclamos y ajustes, dudas sobre mediciones de ejecución y cuestiones relacionadas con costos directos e indirectos.

Y también surgen dudas sobre la aplicación del BDI y su porcentaje sobre la productividad e impactos en el cronograma por retrasos.

Y, eventualmente, cálculos derivados de cuestiones regulatorias sectoriales.

Carlos Daga: Continuando, ¿qué acciones debemos tomar los peritos cuando tenemos los plazos patológicos?

Alberto Llave: Yo creo que hay que hablar con las partes para pedir un plazo que sea razonable para poder evaluar toda la información y poder emitir un informe que esté debidamente sustentado. Que, si nos sometemos a esos plazos patológicos, como sucede, a veces, en obra, que se hace una obra con un plazo que no se puede cumplir, y ahí vienen los problemas.

Entonces, creo que hay que ser firmes en eso, y pedir el plazo que uno necesita para estudiar conscientemente toda la documentación y emitir el informe.

Carlos Daga: Bueno, verdaderamente, es un tema bien relevante lo que comenta Alberto porque nos ha llegado casos que se contactan con nosotros y nos dicen: «Tenemos una semana para que realices un peritaje». Y, verdaderamente, un perito serio no acepta esos encargos. No acepta porque, verdaderamente, es hacer un informe que no va a tener la calidad que necesita.

Entonces, creo que debemos ser muy serios y muy tajantes y explicarle a la parte que no se puede hacer. Y un perito que te acepte ese encargo no deberías tenerlo en cuenta. No deberías. ¿Por qué? Porque te va a hacer un informe que es de baja calidad, y un perito vive de su credibilidad. La credibilidad del perito es intachable, vivimos de eso.

Así que no podemos poner en tela de juicio los peritos que están acá, por, de repente, aceptar un trabajo, aceptar un encargo de esos.

Beatriz, por favor.

Beatriz Rosa: Sí, sobre ese tema es común. Ahora tengo que hablar de los abogados porque, normalmente, lo que pasa es que cuando los abogados llegan a la conclusión junto con el cliente, de que necesitan de ayuda de un perito, ya es tarde. No da más.

Reiner Solís: Esto de los plazos patológicos para los peritos es un reto, así como a una hora debe terminarse en el plazo que debe terminarse, lo mismo se aplica para un proceso de realizar un informe pericial.

Sin embargo, siempre tenemos retos frente a un estudio de abogados que nos dice: «necesito ete informe pericial en un mes». Y el tamaño del informe y de lo que está pidiendo no tiene correspondencia con este plazo. Es una lucha constante de los que nos dedicamos a este tipo de realizar informes con los plazos que tienen en la mente otros profesionales.

Creo que es un camino y un reto que tenemos que caminar. No nos queda otra.

Carlos Daga: Muchas gracias, Reiner.

Bueno, continuando con las preguntas grupales, quería preguntarles ¿cuáles son las mejores prácticas para evitar la divergencia en los informes periciales?

¿Alberto?

Alberto Llave: Objetivamente, los peritos deberíamos llegar a las mismas conclusiones porque partimos de la misma información que es objetiva, y deberíamos llegar, por tanto, aplicando una metodología reconocida, a las mismas conclusiones.

Entonces, en el momento en que no se llegue a las mismas conclusiones en que el tribunal arbitral tiene dos informes divergentes, yo creo que con un par de preguntas, algunas preguntas, poniendo atención, se puede dar cuenta de en cuál de los peritos se puede confiar en él y en cuál no.

Carlos Daga: Gracias, Alberto.

Beatriz, por favor.

Beatriz Rosa: Lo que pasa es que, normalmente, cuando los peritos llegan a conclusiones distintas, utilizaron metodologías distintas. Eso es lo que pasa. Y se pone muy difícil para el juez y para el árbitro identificar que el problema es la metodología escogida. Y, entonces, hablando ahora del perito del tribunal arbitral, tiene que hacer su trabajo, escoger la mejor metodología para el caso, y hacer muchas reuniones con los peritos de las partes. Y de a pocos, ir develando la realidad juntos porque ahí será

mucho más difícil para uno decir que no es así, que es de otra manera y el otro. Porque, caminando por los análisis, conjuntamente, se llega a una única conclusión.

Reiner Solís: Sí, en teoría, uno espera que, ante una misma pregunta técnica, dos ingenieros digan lo mismo, pero, generalmente, en los tribunales arbitrales, cuando hay dos peritos de partes, eso no sucede. Los árbitros que están aquí lo deben saber muy bien.

Muchas veces, el perito saca un informe y «sale en cincuenta días», y el otro perito dice: «cero».

¿Y por qué es esto? Existen muchas causas que podemos debatir. Yo les entendí en el momento que participé en algunos tribunales arbitrales donde los árbitros tomaron la decisión de decir: «Ustedes dos pónganse de acuerdo». Y hubo un caso donde he tenido tres árbitros que se han puesto de acuerdo. Estuvo en la mañana el doctor Montezuma y me pareció interesante ver el esfuerzo que hacen tres ingenieros para ponerse de acuerdo sobre el objeto pericial y sobre el resultado, y ver cuáles eran las diferencias que ellos tomaron para sacar sus resultados, y cómo pudieron ponerse acuerdo, establecen una misma metodología.

Distintas circunstancias: el peso que tomaron a la información, la metodología que usaron, pero es interesante cómo algunas prácticas arbitrales han hecho que esta divergencia pueda cerrarse o acortarse en el camino.

Carlos Daga: Muchas gracias, Reiner:

Queremos saber del público ¿quiénes tienen preguntas? Veo a Pablo muy entusiasmado.

Fátima Bonassa: Parabienes para el panel, muy interesante.

A mí me gustaría saber de los peritos cómo ven la práctica que nosotros tenemos en Brasil, pero yo pienso que es internacional también hacer una lista de 200 cuestiones para el perito.

A mí, como abogada, a mí no me gusta esta técnica de hacer una lista de preguntas como si fuera un paso a paso, para que el perito vaya por el camino que yo quiero que vaya. Pregunto varias para que haga esto, lo que piensan ustedes.

Beatriz Rosa: Pésimo. Es muy mala idea. Nosotros tenemos ya peritajes con 800 preguntas y las preguntas son ridículas.

Ninguno en un arbitraje es analfabeto. Todos saben leer lo que dice la cláusula. Y el perito tiene que entrar por la acera jurídica. Entonces, normalmente, lo que estamos haciendo a preguntas como esta, es decir: «Por favor, lea el contrato», porque no tenemos nada que comentar. Y no saber las cuestiones técnicas, realmente, y otra cosa. Es cierto lo que dice Fátima. Normalmente, hacen esas preguntas así, como si hubiera un único camino para que el perito analice.

En proyectos complejos tenemos varios caminos a analizar. No es un único camino.

Entonces, ese tipo de cuestionamiento no ayuda en nada.

Reiner Solís: Sí, yo considero que los abogados son personas bien inteligentes para hacer preguntas a los peritos.

Muchas veces, te dicen: «Quiero, señor árbitro, que le diga al perito que me conteste "sí" o "no". Quiero que primero me lea esta parte».

Hacen leer un documento, te hacen leer otro documento, y luego quieren que contestes sí o no.

Tú dices: «Sí, sí, sí». Y después tú dices: «¿Por qué has dicho «sí»?

Muchas veces dicen: «En la página 1024 de tu informe pericial quiero que me digas el punto 3 y punto 4».

Mientras estás buscando el informe pericial, te hacen otra pregunta. Y te dicen: «¿Qué dice la página 1025 ahora de tu informe?».

He tenido un caso de un arbitraje internacional donde me han dicho una de las abogadas, se paraba y me decía: «Hola, Reiner, ¿qué tal?». Yo no la conocía. «¡Qué bonitos ojos que tiene usted!». Faltaba que me diga qué alto que soy, mientras yo estaba pensando en ello, ya me hace otra pregunta.

Considero que es bien interesante o esto se convirtió en un arte de hacer un *cross examination*, y creo que el objetivo es desprestigiar al perito y no buscar la verdad. Los árbitros preguntan buscando la verdad, pero no sé si los abogados de las partes buscan la verdad.

He llegado a la conclusión de que lo que buscan es desprestigiar al perito. Hacer que su informe no tenga validez para la otra parte.

Entiendo que ese es su trabajo, pero yo invocaría para qué. Buscar el camino de la verdad también es importante e ilustrar al tribunal arbitral.

Esa es mi opinión, modestamente.

Alberto Llave: Sí, coincido plenamente con lo que ha dicho Beatriz. Lo que ha dicho Reiner. Es, efectivamente, un ambiente hostil, a veces, en el que estamos los peritos cuando nos someten a este tipo de interrogatorios.

Por otro lado, lo que mencioné de paso en mi primera intervención de la audiencia conjunta, donde ambos peritos están en la audiencia, y es el tribunal el que conduce esa audiencia, puede ser más positivo. Pero, eso demanda del tribunal una mayor preparación. Tiene que haberse preparado, deben conocer muy bien el caso. Tienen que haber leído los dos informes de los peritos para que pueda ir directamente a la luna con sus preguntas, y tratar de acercar a los peritos o identificar dónde hay un error, si es que hay un error, donde se ha utilizado una metodología que, de repente, no era la más adecuada para estudiar el caso.

Gracias.

Carlos Daga: Gracias, Alberto.

Tenemos una pregunta, y también tenemos a Carlos López para continuar.

Participante del público Sí, buenas tardes. He escuchado atentamente la mesas, y he visto que muchas de las experiencias compartidas, al menos esta tarde, han sido un poco también por el tema de los peritajes en los arbitrajes, pero sí me gustaría abordar, dado que también el congreso habla de la participación de peritajes en los DABs, ¿cuáles consideran ustedes que es el valor agregado que tiene o pueda tener un peritaje dentro de un *dispute board*. Por ejemplo, en una asistencia informal, cuando se solicita por parte de los DABs la asistencia de algún perito para algún tema técnico sobre el cual ellos no son expertos, o, por ejemplo, la participación de un peritaje dentro de una asistencia informal.

Gracias.

Beatriz Rosa: Para mí es muy bueno tener a los peritos como miembros DAB. ¿Por qué? Porque van a reconocer la realidad como ella es. Sabrán exactamente lo que está pasando, dónde está el problema de las partes. Anticipadamente va a saber que va a tener un problema al frente que estamos viendo.

Ahora, utilizar peritos en DABs, en mi opinión, solamente en casos muy especiales, como un cuestionamiento de algo de geología, algo muy especial que los ingenieros ahí no estén condiciones de analizar.

Digo eso porque los mejores ingenieros que tenemos en un DAB son los ingenieros de las partes. Entonces, los miembros DAB tienen que ser capaces de hacer que estos ingenieros traigan las informaciones que precisan, que quieren para la decisión.

Entonces, en mi opinión, peritos traídos a un DAB, solamente, en casos muy especiales.

Reiner Solís: Bueno, yo tengo un caso en un DAB donde se inició una controversia, y una de las partes puso un perito de parte, y las partes decidieron migrar controversia a una asistencia informal; suspender. En esa asistencia informal usaron el perito a una determinada hora, y las dos partes.

Una posición interesante que el perito colabore y contribuya en los acuerdos que puedan tomar. Inclusive, han tenido reuniones sin el DAB, y han tenido una de las partes con el perito. Y el resultado ha sido que se ha podido pulir ese desacuerdo, y luego ha llegado una controversia más fina al DAB.

Sí creo que, en algunos casos, puede ser interesante la participación de los peritos y en otros no.

Carlos Daga: Tenemos a Carlos López y después seguimos con la pregunta de Zoom.

Carlos López Avilés: Sí, muchas gracias.

Quería preguntar lo siguiente.

Hay casos que los encargos periciales son sumamente complejos, y abordan distintas disciplinas, lo cual implicaría la participación de más de un perito en la elaboración del informe. Si el caso fuese ese o también otra posición es que mucha gente, muchos peritos trabajan, a su vez, con ayudantes, con asistentes, con gente que les ayuda a hacer cálculos, en fin. ¿Cómo se considera ahí la autoría del peritaje? ¿Solo de un perito y los demás como asistentes? ¿O puede ser el peritaje compartido entre dos? Eso es lo que quiero saber qué es lo que ustedes piensan. En los casos complejos, donde puede haber participación de más de un profesional como responsable del dictamen, ¿cómo hacen la presentación del caso?

Reiner Solís: Yo creo que tiene que haber, de todas maneras, un responsable o dos peritos líderes que firmen el informe.

Y, al momento de presentar la propuesta, estos peritos deben declarar que van a trabajar con varios especialistas, o con varios asistentes. Entonces, hacen de conocimiento de la parte que los contrata cómo han conformado el equipo pericial especializado para poder resolver ese tema, y quiénes van a ser los responsables principales que van a firmar el informe.

Beatriz Rosa: Nosotros trabajamos en Brasil en pericias bastante complejas que involucran a cuestiones regulatorias, y en la concesión de autovías, y en este tipo de contrato tenemos muchos problemas multidisciplinarios.

Entonces, lo que nosotros hacemos es tener un perito que coordina todo el equipo, y en su equipo traen a los especialistas de economía, financiero, y muchas veces, especialistas en cuestiones del piso, de la autovía, cosas así. Pero, tiene que tener un único responsable.

Todos asignan los informes, cada uno es responsable por la parte que contribuyó. Pero, tiene un perito coordinador… tiene que tener.

Reiner Solís: Sí, igual, en mi caso, en ANETRIC, la firma que laboro, decimos que en el perito ANETRIC participan los siguientes profesionales, y a la hora de exponer, en caso me toque exponer a mí, menciono que yo soy parte del equipo y yo soy el encargado de la exposición. Es así que, en caso haya una pregunta específica, y dentro del tema global de uno de los alcances haya sido un tema de estructura, pasamos al especialista. Así lo estructuramos, no hemos tenido problema.

En el caso de arbitraje doméstico sí hay. A veces una de las partes dice: «¿Quién es el perito?». Identifican al perito como uno, sobre todo, cuando es una firma. Entiendo que ese es un tema que tiene que aclararse al inicio del informe, cuando se expone.

Beatriz Rosa: Esto es bastante interesante que ahora en Brasil están siendo indicados para los peritajes en arbitraje; las compañías, las firmas y no una persona. Eso ayuda porque las empresas tienen equipos que trabajan en el caso, y van a trabajar, todos sabemos que van a trabajar.

Entonces, queda claro para todos que está siendo contratada la empresa que indicó.

Carlos Daga: Muchas gracias, Beatriz.

El participante por la plataforma Zoom, Antonio Ibarren, les remite esta pregunta.

Dice: «A la mesa, de ser afirmativo, la pregunta es: Según ustedes, ¿los actores del ecosistema arbitral tienen total y absolutamente claro que el deber de dar la mejor opción es un debe para con el tribunal arbitral, y que el abogado debe a su parte?

Reiner Solís: Gracias, Antonio, por la pregunta.

Yo creo que no hemos hecho suficiente énfasis en eses punto. Efectivamente, los peritos se deben al tribunal arbitral y el informe que hace, sin duda tiene que estar orientado a que le sirva al tribunal arbitral.

Carlos Daga: ¿Beatriz?

Beatriz Rosa: Eso es interesante también porque muchas veces ocurre que a los peritos aportan para el tribunal arbitral, en el caso específico la mejor solución técnica y, muchas veces, las partes, los abogados de las partes no se conforman y presentan otra conclusión, y en esclarecimientos, lo que tenemos que hacer los peritos es analizar el informe de la parte, ítem a ítem, párrafo por párrafo, diciendo por qué no puede ser así.

Entonces, para mí lleva más tiempo al arbitraje. Retrasa el arbitraje.

Reiner Solís: Igual, el informe pericial es para el tribunal arbitral y solo eso, nada más como conclusión.

Bueno, finalmente, quería aprovechar justo que Carlos López intervino, para destacar la trayectoria de Carlos. Carlos es el perito número uno en Perú. Hace un tiempo que ya no hace informes periciales, pero es el perito número uno en Perú, y muchos de los que estamos acá lo conocemos y quisiera pedir un fuerte aplauso para él y muchos aplausos para él.

Carlos López Avilés: Gracias.

Carlos Daga: Bueno, quiero agradecer al panel que ha sido de lujo, verdaderamente. Me siento honrado al estar con ustedes. Y, realmente, creo que el implementar estas prácticas y recomendaciones,

se puede mejorar la calidad y confiabilidad de los peritajes, que contribuirá a que un peritaje ayude al tribunal a entender el tema.

Muchas gracias.

PANEL XV. IMPACTO FINANCIERO DE LOS *CLAIMS* MÁS FIDEICOMISO EN OBRAS

Rafael Montoya [1] (moderador)
Walther Leveau [2]

[1] Empresario, abogado y consultor financiero. Maestría en Derecho Empresarial (U. de Lima). Estudios de Administración y especialización en Finanzas (ESAN). Especialista en Gestión de Financiamientos Directos (líneas de crédito) e Indirectos (fianzas, *factoring, leasing*, fideicomisos) para medianas empresas ante empresas del sistema financiero y asegurador peruano, fondos de inversión privados y bancos y reaseguradoras extranjeros. Asesora a diversas empresas en el planeamiento y estructuración financiera y legal. Participa activamente en procesos públicos asesorando a contratistas en todo el Perú. Gerente general de AIT.

[2] Gerente comercial de TMF Fidu Perú.

Rafael Montoya: […]

Nos estamos olvidando de que el éxito en la obra pública no solo está en la prevención y en la solución de controversias. Si no hay financiamiento, no hay nada.

Estimados amigos y amigas, acá todos dependemos directa o indirectamente de la inversión pública, y, reitero, si no hay financiamiento, no hay nada.

Segundo, nos estamos olvidando de que no nos están encargando la ejecución de 30 km de carretera, 5000 m² de una edificación, colocación de 50 torres de alumbrado. No, el ganador de una buena pro ha sido elegido para administrar millones de soles. Cambia la cosa totalmente.

También es imperativo que cambiemos el chip y nos convirtamos, todos los presentes, en interdisciplinarios porque, permítanme nuevamente un comentario rudo. Yo veo que los ingenieros se obsesionan con la producción, con la ejecución de la obra, y los abogados se obsesionan con los términos contractuales, pero, dicho sea de paso, no he visto ningún financiero en las JRD ni en los DABs, y considero que los financieros tienen un papel estratégico en esas herramientas.

¿Quién se enfoca en el objeto del contrato? Los contratos, señores, son el negocio, tanto para que el que contrata como para el contratado. Ambos tienen una expectativa y consideran que el precio, alcance, calidad y plazo, guardan justo equilibrio entre lo que se da y lo que se recibe. Pero, repito, esto es un negocio.

Y vamos aterrizando el enfoque financiero porque, la verdad es que vine con una presentación, y luego de casi dos días, en la penúltima sesión, he tenido que cambiar porque creo que es importante aterrizar los conceptos básicos financieros a todos ustedes, y ya luego, seguramente, Karina nos invitarás para charla de fondo de *claims*. Walther se va a encargar de la charla por el fideicomiso.

Y, entonces, el contratista entra con una expectativa a ejecutar una obra. A eso se le llama margen o rentabilidad. Pero, cómo conoce ese contratista, oportunamente, el resultado financiero de su negocio.

Existen dos herramientas básicas, pero que hoy, lamentablemente, las utiliza el 1 % de las empresas contratistas, y me estoy refiriendo al resultado operativo de la obra y al flujo de caja. Normalmente, este lo utiliza el 1 % del mercado nacional, sin embargo, su uso permanente y en forma periódica que debería ser mensual marca la diferencia entre ganar o perder dinero. Marca la diferencia entre tomar decisiones preventivas o correctivas oportunas.

Dentro de esas decisiones, una de las tantas, se encuentra la estrategia y ejecución de reclamos, controversias, *claims*, asistencia a JRD, y, por supuesto, los arbitrajes, que, dicho sea de paso, quien habla tiene trece años en el negocio y la inversión pública, y les voy a decir una confesión: cada vez más, los contratistas no quieren ir al arbitraje. Detestan ir al arbitraje, es lo último que quisieran: ir al arbitraje, y hacen todo lo posible por no ir al arbitraje. Y acá hemos estado dos días hablando de arbitraje.

Esta es una pizarra que hacemos un día como cualquiera en IT Capital, en donde comenzamos a analizar el riesgo de una obra. Hemos pasado el famoso triángulo de riesgo, en donde se analiza costo, calidad y plazo, y ahora resulta que es una mesa de cuatro patas a la mano derecha.

Ahora es no solo calidad, plazo y costo, sino alcance. Y esto es consecuencia de los nuevos conceptos que nos traen los contratos NEC y FIDIC. Por ejemplo, toda obra tiene un presupuesto que lleve a cabo. Como su término lo señala, ha sido «presupuesto», y todo contratista tiene un valor

venta, que es el que conoce la entidad pública. Pero, internamente, el contratista lo que tiene es un costo que él solo lo sabe, y la diferencia, sentido común, no hay que ser financiero para eso, sentido común, la diferencia entre la venta y el costo es el margen. Y esa es la expectativa con la que entra el contratista, el día cero de cada obra.

Sin embargo, todos sabemos que las obras tienen su trajín y un adicional, un evento compensable, que les va a mover la aguja en cualquiera de las patitas de la mesa. Y basta que una se mueva, desequilibra la mesa y tienen todas que equipararse.

Y, entonces, resulta que ese valor venta se incrementa, pero no necesariamente en el mismo porcentaje del costo. En la parte inferior se señala, por ejemplo, que este contratista entraba con un valor venta de 100, un costo de 90 y tenía un margen de 10 %. Algo muy básico para que se entienda.

Pero, resulta que con el adicional te da un valor venta de 108, pero a un costo de 100. Ya su margen ya es 7.4.

Entonces, ese tipo de conocimiento financiero básico es el que tiene que tener un contratista.

Y por eso creo, y decía que tuve que cambiar un poco la presentación en estos días. Hay que entender cómo es el financiamiento para una obra pública.

Pocos reconocen que nuestra legislación de contratación pública es muy laxa. Señores, es muy fácil ganar una buena pro acá en el Perú, y lo digo con total conocimiento.

Miren, por ejemplo, se exige experiencia técnica similar 1-1. Es decir, si postulas a una edificación de S/ 50 millones, tienes que haber ejecutado S/ 50 millones.

Pero, el tema está en que te permiten que sea acumulada, en los últimos ocho o diez años. Y, entonces, suceden los absurdos, pues, porque tú puedes ganar una obra de una edificación de S/ 50 MM con una experiencia de S/ 50 MM, con 2 de S/ 25 MM, con 5 de S/ 10 MM, o con 10 de S/ 5 MM. Y todos sabemos acá, no tenemos que ser ingenieros, yo no soy ingeniero, yo soy abogado financiero, pero todos sabemos que la logística y la capacidad de ejecución de una obra de S/ 5 MM no es lo mismo que una de S/ 20 MM ni una de S/ 50 MM.

Y como se los he revelado, nuestra legislación peruana permite suscribir consorcios, que, como todos saben, son contratos de colaboración empresarial bajo la Ley General de Sociedades, pero que su naturaleza ha sido enterrada porque los contratos de colaboración empresarial fueron hechos, justamente, para que haya una cooperación mutua de fortalezas.

Pero en el Perú, ¿las cosas cómo son? Los consorcios solamente se juntan para postular, y, generalmente, hay alguien que presta la experiencia y otro la ejecuta. Y, normalmente, el que ejecuta es el que no tiene la experiencia y el que tiene menor capacidad financiera y logística,

Sin embargo, ganar una buena pro, no te asegura el otorgamiento del financiamiento. He pasado «N» experiencias en donde contratistas vienen felices con su buena pro: «Rafael, gané una buena pro de 25MM. Dame mi fianza». No sabes de qué estás hablando.

Entonces, voy a hacer una comparación real, por ejemplo, entre los requisitos que te exige la Ley de Contratación para ganar una buena pro y los requisitos que te exige el sistema financiero y asegurador peruano para obtener el financiamiento.

Para ganar una buena pro, como lo he señalado, solo tienes que tener experiencia similar 1-1-acumulada en los últimos 8-10 años; sin embargo, para obtener tu crédito llamado fianza porque la fianza es un crédito indirecto, no solo te van a pedir la experiencia similar, y ojo, en los últimos cinco

años. «Papito, ¿qué has hecho en los últimos tres a cinco años? No me digas que hace diez años hiciste tal edificación. No, no, ¿qué hiciste en los últimos cinco años?

Además, te van a pedir qué experiencia general tienes. El segundo cuerpo que el Estado ni lo mira, me refiero a la información financiera y tributaria, por eso que está en blanco, para ganar una buena pro. El Estado no te pide tus estados financieros, el Estado no te pide tu declaración de impuestos. Fíjense lo que te pide la banca: estados financieros últimos tres años, y te evalúan cuatro ratios financieros básicos. Hay más, pero cuatro son básicos: endeudamiento, rentabilidad, nivel de ventas y capital social. El ABC de un análisis de riesgo crediticio. Te revisas tu declaración de impuestos de los últimos tres años. Te revisan tu calificación crediticia en el sistema. Qué líneas de crédito vigentes tienes. Que no tengas deudas con la Sunat o con Reactiva. Nada de eso el Estado se fija.

En el tercer cuerpo de un análisis de riesgo crediticio sobre la viabilidad de la obra, primero, obviamente, hay un expediente técnico que ya sabemos cómo se hacen los expedientes técnicos en el Perú, y luego hay un presupuesto de un cronograma de ejecución que lo hace el propio contratista. Sin embargo, la banca no le va a creer eso al contratista. La banca, a través de su área de riesgos va a ser su propio análisis del presupuesto, su propio análisis del cronograma de ejecución de obra y de materiales, te va a preguntar qué maquinaria y equipo tienes, qué proveedores estratégicos tienes, qué antecedentes tiene la entidad contratante, qué geografía, qué contingencias climatológicas o sociales existen. Todo eso es el ABC para obtener un crédito.

Respecto de información general, la Ley de Contrataciones lo único que te pide son los requisitos académicos y la experiencia de los principales profesionales. La banca te va a ser un *compliance* de los socios y accionistas, te va a hacer una evaluación crediticia de los socios y los principales ejecutivos, te va a revisar tu staff profesional, los otros activos que puedan tener las empresas y van a revisar tu relación comercial con tus principales clientes.

Finalmente, respecto a garantías, el Estado lo único que te pide es la fianza de fiel cumplimiento o póliza de caución, y para los adelantos, es facultativo que el contratista lo pida o no. Siempre te pidió fianzas y pólizas de caución, y hace cuatro años, cinco, perdón, desde el 30 de enero del 2019 incorporó la herramienta del fideicomiso, que es una herramienta potente que, luego, Walther la va a explicar, pero que, en el fondo, no deja de ser un salvavidas que el Estado otorga en una coyuntura especial que voy a explicar.

Sin embargo, las garantías que te pide la banca son siempre depósito dinerario, pedir afectación de otros activos cada vez bien a menos. Ya no le gusta a la banca las hipotecas porque ejecutar una hipoteca dura cinco años.

Te van a pedir fideicomiso privado sobre los flujos de tu obra, entiéndase adelantos y valorizaciones, y, además, deja tu sangre, el aval de las empresas y el aval de los socios accionistas de las empresas. El Estado no te pide nada de eso, obviamente.

Para el sistema financiero y asegurador, el sector de la inversión pública, señores, es considerado sensible, de altísimo riesgo. Por eso es que no hay créditos. No hay créditos para el sector. Y esto incluye contratistas que tienen contratos NEC, el ARCC, ANIN, PEIP Escuelas Bicentenario. Ojo, no hay ninguna exclusión. Cuando el Estado es el último pagador, no hay crédito. El único crédito que existe es la fianza, y algunos que la merezcan. No hay capital de trabajo, no hay *factoring* tampoco. A pesar de que, en la actualidad, hay como 103 empresas de *factoring*, ninguna, solo una y a medias, otorga *factoring* en inversión pública.

Y como es considerado un sector sensible y de alto riesgo, pues, la evaluación de riesgo crediticio se hace más exhaustiva, las fianzas es el único crédito evaluable, no existe capital de trabajo ni *factoring,* las tasas de crédito son más altas. En fianzas, por ejemplo, es encime de 3,5 %, cuando en el sector privado es 2 %.

Exigen garantías 1-1. Es decir, si te presto como 100, tienes que dejar garantías como 100.

Las hipotecas sobre activos y garantías mobiliarias que antes se utilizaban sobre maquinaria de equipo, por ejemplo, no les gusta. Se han venido a menos, y son aceptadas solo como excepción y para completar una garantía principal.

¿Qué garantías comunes te exigen? Depósito dinerario, cuentas administradas o llamadas *escrow*, fideicomisos privados para el 100 %, los flujos, es decir, adelantos y valorizaciones, con lo cual, el contratista está amarrado. Tiene una obra, pero no le dejan ni un sol de la obra.

El otro día, Pablo Comitre, que es el gerente general de La Fiduciaria S. A., que es la principal fiduciaria… A ver, Walther va a explicar el fideicomiso público, así lo etiquetamos, el fideicomiso en la ley, porque el constituyente es el Estado, pero el fideicomiso en obra pública existe hace veinticinco años, pero es un fideicomiso privado en obra pública porque es la garantía del banco de la aseguradora que te emite las tres fianzas: fiel cumplimiento y adelantos. Entonces, ese banco que te daba las fianzas, decía: «Mi garantía van a ser fideicomisos por el 100 % de los flujos de la obra». Y, entonces, ahí la entidad pública no firma la escritura pública del fideicomiso, y, simplemente, le dieron un oficio y le dicen: «Señor, todos los flujos tiene que depositarlos en esta cuenta bancaria».

Entonces, Pablo Comitre me decía: «El 100 % de los fideicomisos privados en obra pública, el 100 %, siempre se litiga y nunca se acaba la deuda».

Miren el reto que tiene ahora el fideicomiso de la ley de cambiar esa imagen que se tiene, y creo que sí se puede hacer.

Finalmente, la banca te pide el aval de las empresas y los avales personales.

En esta coyuntura, el fideicomiso de la ley, que está en los artículos 184 y 185 del reglamento, representan un salvataje para los contratistas y para todos nosotros, que somos los actores de este ecosistema llamado «inversión pública». Y por eso es que todos tenemos que promover este salvataje.

Y en la introducción les decía: «ustedes tienen que ser embajadores de esta herramienta».

¿Qué características básicas tiene esta herramienta del fideicomiso público?

Primero que, hasta el día de hoy, es facultativo a la entidad. Es decir, puede o no puede incorporarlo en las bases. Si no está en las bases, puedes promover una observación para que sea aceptado en las bases integradas. Solo aplica a obras, no aplica a servicios, bienes ni consultorías.

Ahí hay un error porque no hay obras en carreteras, mejoramiento, conservaciones, que son, prácticamente, obras, pero son consideradas servicios.

Y, tercero, solo es para los adelantos. No se ha incluido en el fideicomiso al fiel cumplimiento.

Y esto es un cambio de chip para el Estado, como consecuencia del mal uso e ineficacia de las fianzas.

Señores, digamos las cosas como son. En el Perú se emitían fianzas. Toma la fianza de adelanto, chapa tu plata, y de ahí, ¿qué hacían con el dinero? Libre discrecionalidad, todos los sabemos, justos pagan por pecadores, y resulta que, cuando el Estado quiere ejecutar la fianza, ¿qué sucede? Medida cautelar.

Y, entonces, el Estado tiene un papel llamado «fianza» que no sirve para nada. Ya no tiene el dinero que se llevó el contratista, y la obra está inconclusa.

El Estado se hastía de eso, esa es la lectura que yo tengo, y por eso quiso, poco a poco, cambiar este sistema e incorporó el fideicomiso en el 2019. Pero, para mí el espaldarazo y el cambio de actitud que está danto el Estado, es que, en octubre del 2022, hace año y medio, dictó el Decreto Supremo n.° 234, que permite a las partes pactar el fideicomiso haciendo así no haya estado en las bases. Y le permiten dos momentos, al momento de la firma del contrato o, incluso, hasta ocho días hábiles después de la firma del contrato de obra, lo cual sería una modificación al contrato.

En adición a ello, todos nosotros sabemos que el Estado viene promoviendo hace tres años la retención del fiel cumplimiento, porque se ha dado cuenta el Estado de que no hay fianzas. Y, entonces, una forma de activar la inversión pública es permitiendo que, en vez de que me traigan la fianza de fiel cumplimiento, firma con tu contrato de retención.

Nosotros los que llevamos las estadísticas, vemos que el 80 % de los contratos del último trimestre del año pasado, se firman con retención, y esa retención tiene un impacto directo en la caja de la obra, ¿qué duda cabe? Y, entonces, ahora los contratistas están usando la dupla mágica: retención más fideicomiso de adelantos. Y, entonces, yo creo que esta herramienta ha llegado para quedarse.

El Ministerio de Economía y Finanzas, les doy un dato, ya viene trabajando un borrador para que el fideicomiso y la obra pública sea integral, es decir, que incluya también al fiel cumplimiento e incluya las valorizaciones, porque también justos pagan por pecadores cuando el contratista recibe sus pagos, no les paga a sus subcontratistas ni a sus proveedores, pues. Entonces, el Estado ya no quiere eso.

Le cedo la posta a Walther Leveau,

Walther Leveau: Muchas gracias, Rafael.

Agradezco que tengan la paciencia de quedarse hasta la última exposición sobre un tema que sale un poco del *statu quo*, y que venimos a difundir el fideicomiso, conjuntamente, con Rafael.

Les voy a hacer una introducción muy breve de quién es TMF Fiduperú. TMF Group como tal es una empresa global con presencia en 86 países, y en Perú tiene, aproximadamente, quince años desarrollando cuatro líneas de negocio: *outsourcing* contable, *payroll*, pago de planillas, secretariado corporativo, creación de empresas, básicamente, y fideicomisos, en los cuales desarrollamos esta actividad en Argentina, Uruguay, Perú. En Colombia aún no, estamos explorando, y acabamos de adquirir una empresa fiduciaria en México.

Aquí les hago un cuadro comparativo tomando como referencia a Colombia, que es el país que tiene la industria de fideicomisos más desarrollada en la región.

Vemos, pues, que nosotros administramos en patrimonio fideicometido, llámese activos, flujos, acciones, marcas, un valor de, más o menos, S/ 79 mil millones y Colombia 469 billones de pesos colombianos. Ellos tienen 28 fiduciarios, tienen una asociación de fiduciarios. Tienen una particularidad de que solo tienen una licencia. Ellos pueden hacer fideicomisos bancarios y fideicomisos de titulización.

Nosotros tenemos dos licencias. Nosotros tenemos fideicomisos bancarios supervisados por la Superintendencia de Banca y Seguros y los fideicomisos de titulización supervisados por la SMV. Tenemos 23, menos años, ellos tienen 34. Generamos 3500 operaciones y ellos están alrededor de 25 000. ¿Por qué? Porque ellos tienen dentro de los fondos que administran, los fondos de las AFP, y son las AFP que invierten en el desarrollo inmobiliario de las ciudades en Colombia. Entonces, por eso, cada edificio que se construye en Colombia, tiene un fideicomiso como garantía, tanto para administrar el activo, como los flujos.

¿Qué es el fideicomiso? Y ahí la mayoría de los abogados sabrá un poquito de dónde proviene la Ley del Sistema Financiero, la Ley n.° 26702, para los que no saben o no lo conocen, está en el subcapítulo II, en el artículo 241. El fideicomitente es el solicitante, el que constituye el contrato de fideicomiso. El fiduciario es el administrador del patrimonio que se va a administrar y el fideicomisario es el beneficiario, quien va a recibir la garantía de los activos en beneficio de algún acuerdo privado o de algún mutuo.

Es indispensable que el fideicomiso tenga un fin específico definido. Tiene que tener una finalidad.

Entonces, en el reglamento de fideicomiso se indica que la vigencia del fideicomiso como tal puede tener treinta años, se puede extender. Hoy en Perú no hay todavía ningún fideicomiso, por obvias razones, que exceda los treinta años. Creo que el más longevo, hoy por hoy, es el de Norvial, que es la carretera de Ancón, está por los 22 años, más o menos, y lo que se estila en la banca tradicional, al ser el fideicomiso, en un 90 % de garantía, es que cualquier financiamiento que se otorgue, sea depositado contra la firma de la minuta. No necesariamente con el testimonio de la escritura pública.

El fideicomiso aparece dentro de la Ley de Contrataciones del Estado, como ya lo dijo Rafael, en los artículos 184 y 185. ¿Por qué aparece? Básicamente, por una necesidad pura y duda del mercado. Los bancos o las entidades financieros no querían otorgar o no quieren otorgar, hoy por hoy, fianzas por el riesgo país, riesgo país, riesgo crediticio y riesgo del sector económico, sector de la construcción, por todo lo que nosotros ya sabemos.

Entonces, no había. Esto delimitaba que se generen obras públicas, desarrollos en gobiernos regionales, municipales, provinciales. Entonces, se incluyó el fideicomiso como una acción de garantía. Entonces, ahora el contratista tenía dos opciones: (i) o iba por la fianza; o, (ii) iba por el fideicomiso.

Si iba por la fianza, ocho días como máximo para entregar las tres fianzas. Si opta por el fideicomiso, hasta treinta días, luego de firmado el contrato de obra, con lo cual, tiene un poco más de espacio para poder gestionar de manera eficiente los costos financieros de la operación.

Este es un gráfico de cómo funciona el fideicomiso una vez constituido. Tenemos como contrapartes, como les había comentado, el fideicomitente y el fideicomisario, que es la entidad estatal, llámese un gobierno regional, y al interviniente, al constructor o contratista. Entonces, una vez que se configura o se constituye el contrato de fideicomiso, el administrador, que, en este caso, es la empresa fiduciaria, es quien designa a la empresa supervisora que va a hacer un control al financiero, quien es el que va auditar cómo el contratista usa los fondos de los adelantos en la obra, va a fiscalizar que, efectivamente, todo lo que pida de los adelantos estén en obra.

Yo, en ese punto, respecto a ley, tengo una apreciación personal, y es que la ley indica que el fiduciario sea el que designe al supervisor. Y, desde mi punto de vista, yo creo que la entidad tendría que ser el encargado de designar supervisor porque los supervisores son los ojos de la entidad dentro de la obra.

Yo ya tengo un rol, soy administrador de los adelantos. No tengo por qué asumir otro rol de designar una empresa supervisora, que es una empresa privada que no tiene un gremio asociado, y, por ende, no tiene un supervisor de supervisores. Entonces, estoy asumiendo un riesgo, pero la ley está dada, así está configurada de esa forma, y uno tiene que acomodarse a lo que dicta el mercado.

Entonces, ¿qué es lo que pasa en el día a día? El contratista envía un requerimiento de fondos en base a un presupuesto preaprobado. El supervisor lo revisa, una vez que lo revise, emite su conformidad, y, luego, se le envía a la entidad. La entidad tiene un tiempo predeterminado para aprobar esta solicitud… para aprobarla o para objetarla. Si no hay ninguna objeción, nosotros cumplimos con transferir el dinero directamente al constructor para que el constructor pague a los proveedores o, en

algunos casos, es el fideicomiso que paga directamente a los proveedores. La segunda sería la más aconsejable, pero esto determina que sea más costoso el fideicomiso porque es más operativo.

Entonces, de esa forma es como funciona el fideicomiso hasta que se culmine con el correcto uso de los adelantos, en este caso, el adelanto directo 10 %, y el adelanto de materiales 20 %. Es lo único que administra.

Algunos puntos para revisar respecto de esta estructura es que todas las partes involucradas en brindar servicios para constituir o para que se lleve a cabo un fideicomiso de obra pública, tienen que tener altos estándares de *compliance*.

Me ha pasado en el día a día, que recibo operaciones con aprobación o con adjudicación de la OSCE, y luego que pasan un análisis de *compliance* que incluya para nosotros el riesgo crediticio, los análisis de riesgo de cómo están a nivel financiero las empresas que conforman el contrato, la misma entidad, quiénes son los accionistas, quién es el beneficiario final de estas empresas, nos encontramos, pues, con noticias, con denuncias, con noticias en prensa, con que no le pagan a la Sunat, con que le deben a seis bancos, y yo digo cómo la OSCE le pudo dar la buena pro.

Entonces, tengo un caso particular de la semana pasada en un cliente donde había un consorcio con tres empresas, y el gobierno regional me dice, me llama y me dice: «Walther, ¿por qué una de las empresas le debe a la Sunat y tú no me has avisado?».

Yo verifico, consulto con el cliente y le digo: «Oye, ¿tú tienes una deuda con la Sunat? Sí, la estoy judicializando. Perfecto».

Volteo contra el gobierno regional y el gobierno regional le debía como S/ 42 MM a la Sunat. Entonces, yo le pregunto: «¿Y tu deuda? No que es un tema que tengo que verlo con la Sunat». Entonces, no pidas algo que tú mismo no haces. Entonces, eso es por un punto.

Luego, también desde mi apreciación, el fideicomiso, para las obras públicas, pienso que debería hacerse por el 100 % y no por los adelantos porque mi labor ahora, hoy por hoy es hasta que concluya con el uso del 30 %. Queda 70 % a libre albedrío, sin un administrador independiente, un generador de confianza, porque el fideicomiso es un instrumento de confianza.

Entonces, si vamos a seguir haciendo este tipo de fideicomisos con solo el 30 % y dejando 70 % a futuras valorizaciones, esas obras no se van a concluir.

Otro punto. Los cronogramas de obras tienen que tener razonabilidad con lo que se pide. O sea, no me puedes pedir tú, en un adelanto de materiales, querer comprar un tractor, por ejemplo, y en un adelanto directo igual. «No, necesito comprar un tractor». No, no puedes comprar un tractor. No está diseñado para este adelanto para que tú compres un tractor. Puedes alquilarlo, sí, pero no comprarlo. Invierte.

Pero, no me puedes decir: «Oye, no te puedo pagar la comisión de estructuración porque depende del adelanto». No, tienes que pagarme previamente porque la ley dice que tienes que pagarme la comisión de estructuración para yo poder constituir el contrato de fideicomiso.

Son preguntas que vienen del tipo constructores, que están dentro de las obras públicas en este momento.

Ahora, las entidades estatales conocen el fideicomiso porque han sido intervinientes, por ejemplo, en el fideicomiso de las carreteras con el MTC, en la mayoría.

Si todavía no se han dado cuenta, cuando paguen un peaje, dentro del *voucher* que le dan en el peaje que casi todo el mundo lo bota, pues, abajo, una línea dice: «este flujo ha sido cedido en un patrimonio fideicometido».

Cuando van al cine, cuando van al supermercado, también dice lo mismo. Entonces, el fideicomiso está muy cerca de nosotros. Está en nuestro día a día.

Pero, ¿qué pasa con las entidades, hoy por hoy, respecto del fideicomiso de obra pública? No tienen conocimiento como constituyente. No tienen un especialista dentro de sus jurisdicciones. No tienen nadie que revise. No tienen ni siquiera un correo institucional. Tú les pides un correo institucional, y te están mandando a pepitoperez@hotmail.

Entonces, tú dices: «Oye, necesito una carta formal del gobierno, de la municipalidad porque necesito identificar con quién estoy hablando.

Luego, el fideicomiso es una herramienta efectiva para darle transparencia y viabilidad a la gestión de los fondos públicos, sin importar el monto ni las dimensiones del proyecto o la obra.

Es importante que las autoridades consideren sus beneficios e impulsen el fideicomiso en obras públicas.

Como últimos puntos y últimos datos. En el 2023 se generaron por fideicomisos de obra pública, S/ 3900 MM, S/ 1000 MM en administración. Esto es a razón de 148 contratos de fideicomiso. Solo en el primer trimestre del 2024, se viene generando S/ 1000 MM: 17 contratos de fideicomiso.

Nuestra compañía, hoy por hoy, administra 80 contratos desde el 2019, finales del 2019, y en el primer trimestre estamos administrando S/ 216 MM.

¿Qué quiero decir con estos lindos números? Que, efectivamente, el dinero está en la obra pública. Se tiene que seguir impulsando que el fideicomiso esté en la obra pública porque el fin supremo de esta Ley de Contrataciones del Estado, creo yo, desde mi punto de vista, es que las obras se concluyan. Pero, si solo vamos a seguir administrando el adelanto de 30 %, y quedando a expensas del 70 % en manos de contratistas, vamos a tener de aquí a cinco, a diez años, muchas obras inconclusas.

Muchas gracias.

Participante del público: Muy buenas tardes.

Yo tengo un tema de interés. Primero, hoy nos comentaban que el 22,4 % de las obras no se han concluido por falta de financiamiento, y ayer en la exposición, uno de los señores comentaba que en la legislación brasileña existía el tema de los seguros para las obras que no se llegaban a ejecutar.

Y conversando, me comentaban que, incluso, eso viene de una práctica que no ha sido inicialmente legal, sino era una práctica consensuada, y que recién en esta ley, en Brasil se está implementando.

Al respecto, yo quisiera preguntarles cuál sería vuestra opinión, respecto de si se podría implementar en el Perú los seguros, para este caso de obras que se queden sin ejecutar.

Muchas gracias.

Rafael Montoya: Mira, no sería responsable de mi parte darte una respuesta al respecto. La obra pública, como todos sabemos, tiene algunos seguros muy específicos, pero contratar un seguro para cubrir el incumplimiento, no sé, no me parece, pero preferiría dejarlo a los expertos.

Walther Leveau: Desde mi punto de vista, creo que impulsar el uso de una póliza para cubrir un incumplimiento, generaría un vicio de cara a la calidad de constructores que tiene nuestro querido país.

Eso es desde mi punto de vista.

Rafael Montoya: Sin perjuicio de que haya otra pregunta, hay unas cosas que sí me gustaría precisar.

Primero, costos del fideicomiso. El fideicomiso es sustantivamente más barato que obtener una fianza por una sencilla razón. El fideicomiso tiene un costo fijo.

Estructurar un fideicomiso te cuesta entre S/ 10 000 y S/ 15 000, y luego te cobran una mensualidad entre S/ 6000 y S/ 8000 mensuales.

Como los fideicomisos son solo por los adelantos, el fideicomiso de la ley, un fideicomiso no te debería demorar… debería, seis meses. Entonces, si multiplicamos S/ 8000 mensuales por seis, 48, más 10 000, 15 000, estamos hablando de S/ 60 000 costos fijos, sin importar el monto de la obra ni el monto de los adelantos.

A diferencia de las fianzas, que la tasa promedio en el mercado es 4 % anual, pero prorrateada por el monto de la fianza y por el plazo de la fianza. Entonces, con un simple Excel, el fideicomiso se lo lleva lejos.

Segundo tema. El fideicomiso no es un crédito, es una garantía. Es decir, el contratista no tiene que aplicar a una evaluación de riesgo crediticio. No le van a ver sus estados financieros, su experiencia técnica, no, porque no es un crédito. Es una garantía y es ahí, como dice Walther, se va a hacer una exhaustiva evaluación, pero del *compliance*, y que todos sabemos es investigaciones de lavado de activos, corrupción de funcionarios, narcotráfico y terrorismo, pero solo que me parece lógico, la SBS ha pedido a todos los fiduciarios que también pidan explicaciones cuando hay obligaciones con el Estado, me refiero a Reactiva, deudas con la Sunat. Pero, nada más que eso, no tienes que aprobar una evaluación de riesgo crediticio para poder aplicar a un fideicomiso.

Otro tema, el fideicomiso no es un contrato de abogados, es un contrato de ingenieros. Disculpen mis colegas abogados. Porque el fideicomiso ya existe hace veinte años en el Perú. Hay una plantilla, es una cosa así de 50 páginas, en las cuales hay cuatro cosas que hay que saber manejar: ¿cómo se va a entregar el dinero?; ¿cómo se va a aprobar los desembolsos mes a mes?; ¿cómo se va a rendir cuentas mes a mes?; y tipos de pago. Si se van a permitir los pagos al contratista, al contratista y a los proveedores, al contratista, proveedores y terceros. Son las cuatro tuercas que hay que saber ajustar técnicamente en un fideicomiso.

Eso sería todo.

PANEL XVI. CRITERIOS PARA ELEGIR CENTROS DE ARBITRAJE, DABS, JRD Y CONCILIACIÓN

Karina Zambrano [1] (moderadora)
María Fernanda Sanhueza [2]
Paula Navarro [3]
Cristian Tello [4]
Stephanie Uribe [5]
María Luisa Cáceres [6]

---

1 Fundadora de Asociación Zambrano AZ Internacional y del Centro de Arbitraje, Dispute Board y JRD y Centro de Conciliación Soluciona.

2 Secretaria del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bolivia, y especialista en arbitraje comercial, Derecho Civil y corporativo.

3 Subdirectora de arbitraje de EsSalud, con especialización en Derecho de la construcción.

4 Adjudicador, jefe, supervisor y auditor de obras, consultor y expositor en obras para el OSCE.

5 Abogada especialista en Derecho Civil, arbitraje, contrataciones del Estado y Derecho de la construcción e infraestructura.

6 Cuenta con veinte años de su experiencia en construcción, en el área de Gerencia de Proyectos, gerente de gestión contractual y control de proyectos, entre otros.

Karina Zambrano: Es el XVI Congreso y este es el panel XVI. Creo que no son casualidades, y siempre en los programas incorporamos un panel de centros de arbitraje para explicarles un poco cómo funcionan los centros, cómo se crean, cómo se constituyen, cómo tenemos el registro de árbitros, de adjudicadores, etc., etc.

Los centros de arbitraje, JRD y centros de conciliación pueden ser asociaciones o pueden ser empresas privadas.

Los centros cumplen los objetivos de sus propios estatutos, es decir, en los estatutos determinamos cuál es el objetivo y ese es el cumplimiento de nuestros fines.

Ahora, los centros de arbitraje y JRD necesitan estar registrados en OSCE, que es un registro muy sencillo. Y los centros de conciliación están adscritos al Ministerio de Justicia.

El director del centro de conciliación tiene que ser conciliador y los fundadores también.

Las reglas son más estrictas para los centros de conciliación porque dependemos del Ministerio de Justicia. Tenemos que comunicar quién es el secretario, tenemos que comunicar cuando ingresa un conciliador, cuando sale un conciliador, tenemos que comunicar nuestras tarifas, las estadísticas trimestrales, y tenemos un control, más o menos, de una o dos veces al año, y nos imponen sanciones si no cumplimos con el procedimiento que establece la ley de conciliación.

En cuanto al centro de arbitraje y JRD, estos solo cumplen sus fines y objetivos, y no hay ninguna entidad que lo supervise.

La única manera que los centros tienen de autorregular sus funciones y procedimientos es mediante su consejo superior.

Ahora, los centros pueden pertenecer también a colegios profesionales, a cámaras de comercio y a universidades que, en este caso, si bien pertenecen a ellos, son absolutamente independientes. La idea es que sean independientes de sus fundadores.

Por ejemplo, tenemos el caso de la Católica en Perú, la Cámara de Comercio de Lima, la Cámara de Comercio Americana.

Ahora, yo creo que cuando un centro pertenece a una entidad o pertenece a un Colegio Profesional o Cámara, podemos creer que se regula, podemos creer que hace una buena función.

Pero ¿dónde está el problema? Cuando el centro pertenece a una persona, cuando el centro pertenece a una familia, o cuando el centro pertenece a un grupo de colegas, amigos que se juntan y constituyen un centro de arbitraje.

¿Por qué? Porque ellos no van a querer ser supervisados, no van a tener la capacidad de autorregulación.

Yo primero tengo que hacer un *mea culpa* porque creo que también soy partícipe del problema actual.

Hace veinticinco años, bueno, que estoy en el tema del arbitraje, formé uno de los primeros centros en Lima, y cuando me trasladé a Cusco formé la Asociación Zambrano.

Y yo no estaba de acuerdo con los árbitros cuando decían que es un club de golf, que solo deben de estar unos cuantos. Yo dije: «No. Esta es una herramienta valiosa y tiene que abrirse».

Así que fui una de las primeras que abrió su lista, empezó a hacer cursos de formación, y los que hacían el curso se integraban.

¿Y saben qué? Han pasado veinticinco años. Y creo que se han equivocado porque ahora existen casi 250 centros, y el 90 % de ellos tienen malas prácticas. No se autorregulan. El mismo creador del centro es el asesor de la persona que solicita el arbitraje, la junta o el DAB. Es decir, ellos mismos, en los casos en que son abogados, designan al árbitro de su preferencia, sobre todo, en el tema de arbitraje.

Entonces, yo confié en que las personas tenían el mismo pensamiento, la misma intención, y han pasado veinticinco años y no ha pasado eso. O sea, no hay una intención de buenas prácticas cuando una persona o un grupo de profesionales o un grupo de empresarios constituyen un centro. No hay una intención.

Entonces, si esto es así, ¿qué debemos hacer?

Les cuento el procedimiento en Asociación Zambrano para designar un árbitro o un adjudicador. Se presenta una solicitud al centro e, inmediatamente, se corre traslado a la otra parte. La primera notificación es virtual y presencial. Y ahí se le exige que consigne un correo electrónico. Al consignar el correo electrónico, que ahora lo hacen todos, inmediatamente se convierte en un procedimiento virtual. Entonces, se convierte en una mesa de partes virtual.

Al ya ser notificado y se le hace una primera notificación que es para la designación del árbitro. Se le alcanza la lista, el reglamento y toda la información que está en nuestra página web, y se señala fecha y hora para designación de árbitro o adjudicador.

Y ese día, en un sorteo público, en el cual están presentes ambas partes, la secretaría del centro tiene en cuenta la lista y sale un sorteo con la presencia de ambos, y también se nombra un segundo, si es que el primero no aceptara. Se le levanta un acta, inmediatamente se le notifica al árbitro, y el árbitro aprueba las reglas y notifica o señala fecha de instalación. Yo prefiero una fecha de instalación porque conozco a las partes, me conecto con ellas, quiero saber, realmente, cuál es el problema. Si pueden, quizás, quieren que les ayude con una conciliación o primero quieren empezar con una prueba pericial. Porque recuerden que el arbitraje es como un sastre hecho a tu medida. Solo se basa en la voluntad de las partes y tú puedes empezar primero con una prueba, con una conciliación. Es decir, tú puedes elegir el procedimiento más adecuado, de acuerdo a la necesidad de las partes.

Pero, lo que pasa actualmente es que todos los centros operamos como minisecretarías de Poder Judicial, es decir, muy poco se hace esta conexión con las partes, buscar cuál es la mejor herramienta. Normalmente, los árbitros, adjudicadores, aprueban las reglas inmediatamente, y después de aprobar las reglas empieza la demanda, se contesta la demanda, señala una fecha única, a la par va el pago de honorarios, 50 %-50 %, si uno no paga, el otro se subroga, y si no, se archiva, y luego de eso, de la audiencia única, vienen los informes orales y se emiten los laudos.

En todos estos años, no hemos tenido nunca un reclamo o queja.

Hemos tenido un caso en el cual la secretaria no publicó el reglamento actual, y notificó con el reglamento actual, y la entidad nos pidió la nulidad. Y el consejo superior dijo: «Sí, porque primero es la garantía del debido proceso, la transparencia». Entonces, la norma debes tenerla actualizada en la página web y se tuvo que anular todo el proceso.

Entonces, el proceso ayuda a autorregular, y para eso hemos nombrado ahora un consejo superior integrado por Juan José Martínez, Ignacio Torterola, Elvira Martínez Coco, Pablo Fanelli, Marisol

Elis, Luis Fernando Rincón, Ricardo Salazar. Tenemos un consejo superior de ocho personas. Y esas ocho personas, esos ocho profesionales y expertos del mundo tienen que, en el momento que presenten una recusación o una queja contra algún trámite del centro, tienen que decidir, independiente de lo que yo quiera. Yo, realmente, no tengo la potestad de decir cómo se va a resolver, a pesar de ser la fundadora. Y, si yo también entro a tener arbitraje, tengo un caso, también es por sorteo, o porque las partes ya me conocen en Cusco y me dicen: «Queremos que sea la doctora Zambrano». ¿Por qué? Porque conmigo ellos saben que vamos a hacer un procedimiento de acuerdo a su necesidad. No vamos a hacer el procedimiento normal de un proceso judicial, que así ahora parece el arbitraje y lo decía esta mañana Fernando Cantuarias.

Entonces, lo que los centros deben cumplir, es primero los principios. Así como el arbitraje tiene principios, los centros también tenemos principios y reglas, y uno de ellos es respetar la autonomía de las partes. El cliente tiene razón.

Las partes pueden cambiar las reglas en el momento que deseen y ambos deben estar de acuerdo.

Ahora, el otro principio es la buena fe. O sea, desde el inicio se les dice a las partes, incluso, al árbitro, que esto se basa en la buena fe.

El trato justo e igualitario a ambas partes. No te puedes reunir de forma privada, tomar café con una, con otra. Yo he perdido muchos amigos, y acá Melvi creo que sabe. He perdido muchos amigos porque te invitaban a tomar un café, un almuerzo o te invitaban a algún lugar, y querían saber tu opinión sobre determinadas circunstancias.

Entonces, ya, realmente, tomar café ya me preocupa mucho, si es que tienen un arbitraje en el centro, si es que, simplemente, ya no hay cafés. Y el tema es la confianza. Las partes tienen que tener confianza en el centro. La confianza, eso es lo más importante. Si tú logras la confianza como centro o como árbitro, puedes hacer lo que sea con las partes para resolver su controversia.

Pero ¿cómo se aplica ahora la confianza? La confianza, estos centros y estos árbitros que actúan mal, generan confianza de las partes, logran la confianza, pero para beneficiarse. La confianza es en beneficio de las partes. Estos mecanismos son un servicio y el dinero es la consecuencia, no es la finalidad. El dinero se obtiene por un trabajo arduo, no es la búsqueda en los MARC.

Ahora, finalmente, el otro tema es la integridad. Es decir, hacer normalmente lo correcto, aunque te vean o no te vean. O sea, tú eres tu principal juzgador.

Y, finalmente, la independencia. Bueno, y, además, para hablar sobre los límites, sobre algunos casos. ¿Qué está pasando en los centros en Perú? Recuerden que somos el único país en el mundo donde se arbitra temas con el Estado. Ahora, Brasil, nos contó Eduardo Guimarães. Es el único país en el mundo.

Yo he tenido oportunidad de estar el año pasado en España, y el CIAN, se han juntado cinco cortes, creo que ahora seis: la Cámara de Comercio, el Colegio de Abogados, etc. ¿Saben cuántos arbitrajes tienen? Veinte arbitrajes. ¿Y saben cuántos arbitrajes maneja, normalmente, un árbitro en Perú? Un promedio de entre 30 y 50.

Entonces, olvídate, la experiencia que nosotros tenemos, pues, es formidable. Somos *capo di capi*. O sea, yo ya entendí que ya no tengo que ir a formarme allá y gastar dinero afuera porque tenemos tanta experiencia resolviendo conflictos, veinticinco años, y no solo participamos en la solución de conflictos, en conciliación, en arbitraje, en JRD, en DAB, que nosotros somos los capos, y tenemos que creerlo. Todo el mundo nos está observando. Cuando alguien le pregunta a CCI ¿dónde me puedo formar? Dicen: «Vayan al Perú».

Aquí todos vienen a formarse. Nosotros aquí somos los expertos. Y si eso lo tenemos claro, ¿no?, María Fernanda, entonces, tenemos que ayudar a difundir las buenas prácticas.

Tenemos que excluir de nuestro grupo favorecido a los que tienen malas prácticas. Tenemos que aprender a excluirlos. Eso es fundamental para que sigamos viviendo el arbitraje, porque, si no lo hacemos en este año, dudo que el próximo año el Congreso no presente una ley que, simplemente, elimine el arbitraje con el Estado, y nos vamos a queda como 500 a 1000 profesionales de árbitros sin esta herramienta, y no solo ellos, los asesores, los abogados, los secretarios. Imagínense. Entonces, tenemos que integrar a los buenos y excluir a los malos. Ese es un gran trabajo que tenemos que hacer.

Y, bueno, y quisiera que María Fernanda Sanhueza, ella es secretaria del centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bolivia, y ellos tienen una experiencia antigua.

Cuéntanos, ¿los centros tenemos límites?

María Fernanda Sanhueza: Hola, muy buenas noches a todos.

Bueno, inicialmente, quiero agradecerte Karina. Muchísimas gracias por la invitación a tan bonito evento. Tan diferente, además, creo que un evento totalmente humano, que creo que eso es lo más importante, al tratarse de, justamente, nuestro trabajo que es relacionarnos con seres humanos, y antes de iniciar, quiero tomarme unos minutos para felicitar a Milagros por Arbitral Women. Ya te lo dije hoy en la mañana, y, bueno, desde Warmi Arbitration, que es la organización que hemos fundado en Bolivia, agradecerte, aplaudir tu trabajo porque, realmente, creo que es sumamente importante visibilizar las actitudes que tenemos las mujeres dentro del arbitraje, y quiero invitar a todos igual, y a todas para que puedan ser parte de Warmi Arbitration y poder hacer distintos eventos, y unir ambos grupos para seguir creciendo.

Y, bueno, dicho esto, quiero proceder a la pregunta de ¿realmente los centros tenemos límites y cuáles son nuestros límites?

Creo que para responder esta pregunta es importantísimo tomar en cuenta qué es un arbitraje institucional o administrado. Y como tal, un arbitraje administrado es aquél en el cual las partes encomiendan la administración de un procedimiento a una institución especializada que se va a encargar de impulsarlo hasta la emisión de un laudo, con base en las disposiciones previstas de su reglamento, y, evidentemente, del acuerdo entre las partes.

Es decir, este papel activo que desempeñamos como centro, se puede desglosar desde el procedimiento de selección de árbitros, que son parte de la lista de nuestro centro, acreditados, y que las partes los puedan designar.

También tenemos como una obligación como centro administrado, la supervisión de procedimiento, de modo tal, que se sigan, justamente, las reglas, los procedimientos acordados por las partes, y se respete, finalmente, nuestro reglamento.

Evidentemente, la custodia de documentación, la fijación de tarifas para la administración del arbitraje y para los honorarios de los árbitros.

También conlleva esta administración una asistencia logística, salas de audiencias, soporte técnico para las audiencias virtuales y plataformas adecuadas para el buen desarrollo de dichas audiencias.

Es decir, y en resumen, el arbitraje administrado brinda un marco estructurado y una supervisión profesional, justamente, para garantizar que el arbitraje se lleve a cabo de manera eficiente, y que brinde seguridad a las partes que optan por un sistema de administración de justicia privada, lo cual, sin duda, es útil para las partes.

Entonces, dicho esto, puedo responder a la pregunta sobre cuál es el límite que tenemos como centro, y el límite es el propio reglamento institucional.

Hago énfasis en esto porque cada caso tiene un tribunal conformado que, justamente, debe resolver los aspectos de fondo, y creo que este es un punto crucial, inclusive, porque los documentos que vayan a ser emitidos dentro del procedimiento arbitral tienen que ser, necesariamente, elaborados por el tribunal arbitral. Es decir, elaborados por ellos mismos.

El centro administrador no es un cuarto árbitro, no es el árbitro fantasma tampoco, y no porque quienes conformen el centro de arbitraje sean personas que no se encuentran calificadas. Por supuesto que no, sino porque, justamente, se tiene un reglamento que especifica las funciones de cada uno, tanto de los administradores del centro, como de quienes van a ser parte del proceso arbitral, ya sean los abogados o el tribunal arbitral.

Y de eso se trata un arbitraje administrado.

En Bolivia tenemos la Ley n.° 708, que es, justamente, nuestra Ley de Arbitraje, que establece en el artículo 80, cuál es la competencia del árbitro único o tribunal arbitral.

Quiero hacer énfasis en que, necesariamente, se señala que este reconocimiento y exclusividad de competencia, solamente la tiene el árbitro único o tribunal arbitral, existiendo, evidentemente, una restricción a terceros, *verbi gracia*, el centro arbitral.

Ningún otro tribunal o instancia va a intervenir, salvo que sea para cumplir tareas de auxilio judicial, que no es el caso de los centros, y, obviamente, acogernos al principio *kompetenz-kompetenz*, limitando a terceros, inclusive, al centro, que no está facultado para decidir absolutamente nada, más que el tribunal arbitral para decidir acerca de su propia competencia, incluso, para las excepciones relativas a la existencia de la validez o invalidez de la cláusula o convenio arbitral.

Esto es importante porque se ha dado un caso en otro centro de administración que, al momento de la presentación de la solicitud, el centro administrador ha definido el alcance de la cláusula arbitral. Es decir, no se ha limitado, simplemente, a verificar la existencia o no de una cláusula arbitral y que esté consignado ese centro administrador, sino, ha definido ya el alcance, y, si ese tribunal tendría o no competencia, o el futuro tribunal arbitral a conformarse tendría o no competencia para conocer este caso.

Entonces, creo que de eso se trata, justamente, un centro administrado y, simplemente, este apoyo y esta administración y este seguimiento para que se haga cumplir el reglamento institucional, pero como centro administrador no somos parte, y, definitivamente, no conformamos parte del tribunal arbitral. Y creo que eso es, sumamente, importante tomarlo en cuenta porque nosotros prestamos un servicio que tiene que generar seguridad jurídica a las partes y no injerencia de ninguna de forma, inclusive, del centro ni de personal que se encuentre dentro del centro. Simplemente, el tribunal arbitral es quien tiene competencia.

Karina Zambrano: Muchísimas gracias, María Fernanda, y felicitaciones por Warmi Arbitration.

Bueno, y hemos invitado también a Paula Navarro.

Paola tiene una gran experiencia en el tema de arbitrajes con el Estado y nos va a contar las experiencias y algunos casos prácticos en los que ella ha participado o ha visto.

Bienvenida, Paula.

Paula Navarro: Doctora Karina, muchísimas gracias por la invitación. Gracias por la invitación a todos los organizadores de este evento.

Ciertamente, en estos momentos me encuentro, con mucha humildad, bastante orgullosa y bastante motivada de estar en estos momentos frente a ustedes porque veo muchos árbitros que yo he conocido desde mis pininos. Cuando he comenzado a ejercer la defensa jurídica del Estado. En realidad, todo mi ejercicio de defensa siempre ha sido con el Estado, desde la Procuraduría de la Fuerza Aérea, desde la Procuraduría General del Estado, y ahora me encuentro como subgerente de asuntos arbitrales en EsSalud.

Veo muchos rostros y me siento muy orgullosa de ver que todos estos grandes profesionales se encuentren en este tipo de eventos.

Y, justamente, el conocimiento de cada uno de estos profesionales, intercambiando muchas anécdotas, situaciones que han sucedido en ejercicio de mi profesión, es lo que quiero compartir con ustedes. Y algo que nos debe de preocupar, a propósito, y recalco muchos otros comentarios que han surgido durante estos dos días que estuve muy atenta en las transmisiones en vivo porque la problemática de los centros arbitrales ya ha pasado de un tema en el que considero yo que, ni siquiera en estos momentos, pueda ser algo que podría solucionar el mismo gobierno que, en un momento más adelante, les voy a decir que, lamentablemente, no son perfectas las normas que emite el Estado. En varias ocasiones nos hemos disparado a los pies con ciertas regulaciones que han nacido, definitivamente, con muy buenas intenciones. Eso sí es innegable, vemos la motivación que cada una de estas tiene, vemos la proyección, vemos el espíritu que el legislador le quiso dar, pero, en la realidad, esto ya se tergiversó y llegó al punto, incluso, que no le ha hecho fácil al Estado ejercer la defensa, pero, pese a ello, el Estado, considero yo, en la evolución que ha tenido al ingresar al arbitraje, tiene actualmente un desempeño también bastante respetable con la conformación de equipos que tienen las procuradurías públicas.

Entonces, ingresando a las recomendaciones que yo quisiera darle para la elección de los centros arbitrales, a propósito de algunos casos.

¿Es importante elegir un centro arbitral? Por supuesto que sí. Es muy importante elegir un centro arbitral. Más ahora, hoy en día, con este artículo 45 de la Ley de Contrataciones con el Estado y para mí el terrorífico artículo 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado es muy importante elegir a una institución arbitral. Porque, pese a que la institución arbitral no es la que tiene la competencia para resolver la controversia, el centro arbitral es el que tiene la lista de los árbitros que van a ser elegibles. Si va a haber una designación residual, es una lista cerrada para las designaciones residuales. Es el reglamento que se va a aplicar en el proceso arbitral que ustedes van a llevar. La mayoría del caso, por parte del Estado, vamos a ser sometidos.

Entonces, incluso, reglas también para mí bastante controvertidas y que tengo una posición clara sobre la aplicación de árbitro de emergencia cuando el Estado es parte.

No voy a satanizar al arbitraje de emergencia porque me parece bastante lógica su aplicación y su aparición, su nacimiento, en realidad, desde el punto de vista desde que alguien decide sustraerse de la jurisdicción judicial e ingresar al arbitraje. No es muy lógico que, si yo me he sustraído de una jurisdicción, en la que por la alta carga que tienen en controversias, tal vez, no puedan atender en el momento inmediato las controversias que nosotros necesitamos que se resuelvan y, en otros puntos, solamente la especialidad en ciertas materias que no necesariamente las tienen los órganos judiciales, es la decisión por la que uno se sustrae de esta jurisdicción y se va a la vía arbitral.

No parece muy lógico, entonces, que este diseño que el artículo 47 de la ley de arbitraje me diga, antes de la Constitución, uno tiene que ir al Poder Judicial, pero está dispuesto así en la ley. Principio de legalidad es el techo que tenemos en el Estado.

Bueno, entonces, el Estado, entonces, para entrar ya a este punto, ¿tiene la oportunidad de elegir a una institución arbitral? Por supuesto que sí.

Aquí hay un punto muy interesante que ha sido desarrollado por el mismo OSCE. Ahora, marco normativo por parte del Estado para ingresar a elegir a una institución arbitral, es decir, ingresar al diseño del convenio arbitral. Ya lo ha traído el tan discutido, el tan comentado Decreto de Urgencia n.° 20-2020, en la segunda disposición complementaria final, donde establece que el convenio arbitral es diseñado por el área usuaria, por el área pertinente, en colaboración con la Procuraduría Pública.

Y voy a hacer énfasis cuando habla de «la Procuraduría Pública» porque no habla del Procurador, porque se entiende el diseño de profesionales que tiene una Procuraduría Pública.

No, necesariamente, el Procurador Público va a ser un erudito de temas de arbitraje. Muchas veces el Procurador Público todo un contingente de abogados profesionales. En su momento también ya, desde la misma Procuraduría General del Estado se hizo énfasis con requerimientos al punto de disposiciones de que las Procuradurías Públicas tienen que ingresar al diseño del convenio arbitral, e ingresando a la casuística peligrosa que podría darse en caso de inicio de alguna controversia que la contraparte, que es, normalmente, la que inicia los procesos arbitrales, inicien arbitrajes en contra del Estado, llevándolos a instituciones arbitrales poco conocidas.

Si la lista de centros fuera una reducida a instituciones acreditadas, instituciones fiscalizadas, como, en su momento, la joven Ley n.° 30225 lo quiso hacer, pero que tuvo retrocesos, y que, al final, terminó con este artículo 226, señalando que, si el convenio arbitral no ha establecido ninguna institución arbitral, podrá ir a cualquier institución arbitral.

La doctora Karina mencionaba al inicio de esta exposición y de la presentación de la mesa, cómo se conforma una institución arbitral. La institución arbitral, un centro de conciliación tiene muchos más requisitos para la conformación de un centro arbitral. Un centro arbitral, básicamente, es una empresa, en realidad, es una empresa.

Si nos vamos a ejemplos prácticos, y eso lo voy a dejar también, lo acuñó un árbitro del que no voy a mencionar su nombre, es más fácil abrir un centro arbitral, y es más difícil en una municipalidad sacar los permisos para tener un puesto ambulatorio. Es mucho más difícil eso que abrir un centro arbitral. Hay demasiados centros arbitrales, y eso que, solamente, son los que aquéllos que le dieron la buena voluntad de registrarse en el Renace. En el Renace no es la solución para la acreditación de los centros arbitrales. El Renace es una plataforma casi de transparencia de cuántos tiene la voluntad de decir: «yo soy un centro arbitral», o en la otra sección: «yo soy un árbitro». No acredita a los centros arbitrales. Y este es un ejemplo, también entrando en la parte práctica, que, cuando en algún momento nosotros presentamos la oposición a la administración de un centro arbitral porque mi convenio arbitral sí establecía la institución a la cual uno iba a recurrir cuando surgían las controversias, pero el contratista se fue a un centro arbitral totalmente desconocido, y ese centro arbitral al momento de responder la oposición a la administración, me respondió diciendo: «Yo tengo la obligación de administrar justicia porque viene un justiciable a solicitarlo».

Totalmente equivocados. Entonces, ese es el problema que se tiene actualmente por la falta de regulación de instituciones arbitrales.

Para no perderme en este punto, entonces, ¿el Estado tiene la oportunidad de elegir al centro arbitral en el diseño del convenio arbitral? Sí lo tiene, el decreto de urgencia lo establece. Opiniones del OSCE también lo han establecido.

Pero hay un punto de problemática que ha caído en el Estado, cuando encontramos desde el Decreto de Urgencia n.° 020-2020 que dispone la participación, opiniones del OSCE donde dice que el Estado sí puede ingresar al diseño o a la modificación de este convenio que se encuentra en las bases estandarizadas, pero hay también situaciones que se han dado en las que, durante la elevación del cuestionamiento de los pliegos absolutorios al OSCE, pronunciamientos del OSCE han señalado, cuando se hizo la modificación del convenio arbitral, que el Estado no tiene la facultad para ingresar en esa etapa a la modificación del convenio que está en las bases estandarizadas.

Entonces, habría que ver aquí el numeral 226.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, donde establece que las partes pueden establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral.

¿Qué quiere decir? Pareciera que la oportunidad más idónea y para que antes de la suscripción del contrato el Estado no quiera imponer a una institución arbitral y, posterior a la suscripción del contrato y convenio arbitral claramente, y surgida la controversia, el contratista no venga a imponer, o sea, que ninguna de las dos llegue a imponer la designación de la institución arbitral, previa a la suscripción del contrato, habría que entrar en esta posición de utilizar la máxima de nuestras habilidades blandas para llegar a un acuerdo y entendimiento, ya que estamos todavía en la etapa de romance con el contratista, de diseñar un buen convenio arbitral que no proteja a una de las partes, sino que proteja el procedimiento arbitral. Porque, de nada vale que un proceso arbitral se inicie. Las partes lleven sus controversias, se resuelva el proceso y el laudo tenga vicios para presentarse la anulación.

Hay que proteger el proceso, no es una protección de las partes el motivo por el cual el decreto de urgencia trajo esta disposición que el Estado, la Procuraduría Pública, tenga que ingresar al diseño del convenio arbitral. Y es muy importante la participación del Procurador Público o quien haga de sus veces, porque es el que tiene el conocimiento, tiene el *core* de todo el asunto de la solución de controversias y conoce los centros arbitrales. Todos nosotros conocemos a los árbitros. No es difícil saber cuáles son los buenos centros arbitrales y cuáles son los centros arbitrales que debería uno ya ir desplegando del camino.

¿Qué pasa, entonces, si el convenio arbitral no ha establecido una institución arbitral? Aquí solamente queda encomendarse a Dios y a todos los santos. Si creen en otros dioses y va a funcionar, avísennos. En todo caso, para que no nos encontremos con situaciones similares.

Por ejemplo, a una Procuraduría Pública en provincia, que su convenio arbitral, insisto, sí definía a la institución arbitral, pero el contratista, una vez que se declaró nulo el contrato, lo que hizo fue irse a otra institución arbitral para presentar inmediatamente presentar su medida cautelar de emergencia. Cuando la Procuraduría Pública presentó la oposición a ese centro arbitral señalando que el convenio arbitral ya había establecido el centro arbitral, el centro de arbitraje dijo que sí se le extendía la aplicación del supuesto del artículo 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado porque esta herramienta que el contratista quería utilizar no había sido considerada o no estaba dentro de los servicios del centro de arbitraje que sí se había colocado en el convenio arbitral.

Y por esa lógica que utilizó el centro arbitral se declaró competente. Y eso es lo que decía en su resolución. Se declaró competente para la administración de ese procedimiento de árbitro de emergencia, y, por lo tanto, del arbitraje propiamente dicho que iba a colocar posteriormente este contratista.

Otro punto también muy importante para señalar, y creo que voy a para en un siguiente…O no, creo que sí lo quiero mencionar. ¿Saben qué? Porque les había comentado al comienzo que, lamentablemente, las normas que ha dictado el Estado no necesariamente son las más idóneas ahora. Y que sí, hay que hacer un *mea culpa*, como decían en la mañana, sobre estas regulaciones que se han traído. Nos hemos disparado en los pies con muchos artículos.

Particularmente, yo voy a mencionar a tres.

Primero, el artículo 45 donde dice: «todo arbitraje en el que participa el Estado va a ser uno institucional». O sea, quitando de la cancha, en su momento, por los criterios que fueron analizados al arbitraje *ad hoc*. Su inicial Ley de Contrataciones establecía que el OSCE iba a ser el que iba a administrar la lista de los centros arbitrales, los iba a acreditar, los iba a fiscalizar.

Posterior a ello, ya que no dio surgimiento, el actual TUO de la Ley de Contrataciones establece que es la PCM la que va a designar a la institución. Hasta ahora, no lo han hecho y no sé si tengan intenciones.

Y, actualmente, hay un proyecto de Ley de Contrataciones donde establece que va a ser el OSCE el que va a establecer esos criterios, acreditarlos, fiscalizarlos. Esperemos que esto pase porque esto ya ha salido las manos de muchos.

Entonces, el artículo 47 es uno de los primeros artículos que trae ciertas dificultades a la defensa del Estado.

El 226, ya no tengo nada que decir, que es el que dice: «Si no has elegido una institución arbitral, o los demás supuestos que establece, se inicia ante cualquier centro arbitral». Puede ser el centro arbitral del contratista, puede ser el centro arbitral donde es accionista dueño un árbitro que designado más de dos veces con el mismo contratista y con las mismas partes de este procedimiento, es un caso real, no puedo decir las partes, doctores.

Otro punto que también trae dificultades es lo referido al RNA-OSCE. Insisto nuevamente, han tenido muy buenas intenciones estas normas, pero, al final, no se está midiendo o estoy segura de que el OSCE está midiendo ampliar sus criterios porque este criterio de la selección. Casi selección natural parece de Darwin porque solamente me pone un pequeño grupo.

Entonces, me dicen que yo Estado, solamente puedo elegir de una pecera. El contratista tiene todo un mar para poder elegir a muchos árbitros. Hay muchos árbitros en el sector privado… privados que nos están en la lista del RNA-OSCE, que, sinceramente, a mí me encantaría elegir en muchos procesos porque son idóneos. Se conocen los laudos que se han emitido. Pero, lamentablemente, tenemos esta norma que, hay muy buenas intenciones, pero que nos están limitando un poco en el ejercicio de defensa.

Y voy a agregar una cuarta porque tengo mis criterios ahí también establecidos y es: la Ley de Contrataciones ha establecido que la designación del árbitro sea una aprobada por el titular de la entidad.

Pongo en otra cara un tema muy técnico para mí. La designación del árbitro es uno de los primeros puntos de estrategia de defensa que uno tiene en el diseño de tu controversia. No vas a elegir un árbitro especialista en servicios para un tema de obras. No vas a elegir a un árbitro de obras para un tema de bienes, qué sé yo. Se elige un árbitro con cuidado.

La norma de contrataciones ha establecido esto, y para mí va en contra del artículo 47 de la Constitución, donde establece que quien ejerce la defensa jurídica del Estado es el Procurador Público, y la 1326, que es el Decreto Legislativo que norma el sistema de defensa jurídica del Estado, establece que quien diseña la estrategia de defensa, es el Procurador Público. Entonces, son puntos que yo quería dejar en esto para que no se piense, porque lo estuve escuchando en otras conferencias, que el Estado no reconoce sus errores. El Estado sí reconoce sus errores. Yo soy parte del Estado y reconozco sus errores. Si traen acá muchos otros procuradores, varios van a reconocer sus errores.

El doctor Ortiz, en más de una conferencia, también ha hablado, y, es más, ha sacado muchos oficios al OSCE, señalando que tiene que haber un cambio en ese tema del RNA-OSCE. Ha ido al Congreso a hablar sobre la problemática de los centros arbitrales. Reconocemos la problemática que nos traen nuestras normas y aquí también debe haber un apoyo por todo el sector privado. Incluso, señores árbitros, hay que ser selectivos para ver en qué centros se están enlistando porque muchos de nosotros vamos ahí: «Este árbitro es muy bueno para este caso. ¡Ah, pero está en ese centro arbitral!».

Yo no voy a irme a un centro arbitral con unas reglas que son demasiadas para jugadores. Hay centros arbitrales que en sus reglamentos han establecido pactos contrarios a la misma ley de arbitraje.

Si el artículo 47 establece que, una vez otorgada la medida cautelar, yo tengo diez días para el inicio del proceso arbitral y noventa días para la constitución del tribunal arbitral, que son plazos de caducidad que establece la ley, y el centro arbitral me establece un plazo totalmente distinto, ese es el punto que hay que tener cuidado al momento de elegir los centros arbitrales.

La solución en los centros arbitrales es, como les he dicho, no es el Renace. La solución ahorita que tenemos momentáneamente es un tema de elección en la selección de los centros arbitrales.

Primer criterio que yo considero que tienen que tener en cuenta es que sea una institución con respaldo. No está muy bien decirlo que, por el hecho de que una institución recién haya nacido, entonces, no sea elegible, pero hay que ver quiénes son el respaldo de estas instituciones arbitrales, cómo está conformado su consejo superior. Hay que ver que la institución tenga un reglamento conocido.

Tuve un caso en el que llega esta petición a este centro arbitral, y el centro arbitral dispuso que su árbitro iba a iniciar un proceso arbitral contra una entidad del Estado respecto a un arbitraje de conciencia, y lo pone en todas sus resoluciones. Esto es un arbitraje de conciencia. Le solicitamos a la institución arbitral que nos entregara el reglamento, y el reglamento… el centro arbitral nos dijo: «Tienes que pagar unos tantos de miles de soles para que yo pueda darte el reglamento arbitral». Cada vez que presentábamos un escrito para presentar la oposición, primero, inexistencia del convenio arbitral porque, ni siquiera era una empresa derivada de algún contrato con el Estado. Presentábamos muchos otros escritos dejando constancia ahí de la anulación del futuro laudo. Los escritos me respondían diciendo: «Se va a proveer una vez que pagues la tasa de mil soles por cada uno de ellos». Son increíbles, pero existen estos casos.

Por eso les decía que después van a tener pesadillas, doctores.

Como último punto, porque está para abrir un libro, doctora. Había un libro, no me acuerdo ahorita el autor, que era casi casi una especie de novela desde su enfoque, sobre sentencias en temas penales.

Yo me quiero juntar con todos los procuradores públicos, una vez que ya sean públicos los laudos, y, por lo tanto, todas las actuaciones arbitrales para poder ahí los cuentos de terror de cada uno de estos procesos arbitrales. No necesariamente el Estado es el malo en muchos cuentos, doctores. No, necesariamente.

Y como último punto para la elección de los centros arbitrales, hay que ver sus listas, doctores. Hay que ver la lista de los árbitros que se encuentran dentro de esos centros arbitrales porque ahí también vamos a dar cuenta nosotros de que esos centros arbitrales son selectivos. No es solo ingresar por ingresar a las listas o la recepción por recepción de los centros arbitrales de los árbitros. Hay que hacer una selección. ¿El centro arbitral hace una selección de árbitros? Nosotros hacemos una selección de los centros arbitrales.

Doctores, muchas gracias por su paciencia.

Karina Zambrano: Muy bien, Paula.

¡Qué buena casuística, qué buenos ejemplos! Y el tema de los reglamentos es algo sencillo. ICC ha desarrollado los mejores reglamentos del mundo. Lo único que tenemos que hacer es copiarlo. No tenemos que hacer más. No tenemos que crear nada porque son los mejores reglamentos. Nosotros para DAB y JRD tenemos el reglamento de ICC.

Y en el tema de las listas, sí, incluso, el consejo superior se va a reunión para elegir en Asociación Zambrano solo una lista de 50. Es decir, ya, lamentablemente, no vamos a tener esas listas extensas y no van a ingresas a las listas árbitros que estén en centros que tienen malas prácticas.

Entonces, yo les sugiero, y no creo que solo lo vamos a hacer nosotros, sino varios centros serios. Y sugiero que no borren de su currículum, no solo borren de su currículum que están en tal centro, realmente, retírense de esos centros porque no les va a dar fama. Ese no es tema, tienen ustedes que trabajar con centros serios. Esa es la idea.

Y, bueno, ahora los centros abrimos nuestro Libro de Reclamaciones que es quejas, reclamos, sugerencias.

Para eso hemos invitado a Cristian Tello, que es uno de los principales adjudicadores en el Perú. Hemos presentado a la ingeniera María Luisa Cáceres, que ha estado en los Panamericanos, hemos presentado a Stephanie, experta en construcción, ¿qué opinan de los centros?, ¿cuáles son sus principales reclamos?

Cristian Tello: En estos dos días se ha hablado bastante de la cuota de género baja por parte de las chicas, y ahora sucede todo lo contrario. Pero, no me siento intimidado por ello, sino más bien por el conocimiento que tienen estas chicas que muchos las conocen, especialmente, llevan una bandera de la profesión que ejercen y al centro o a la institución que representan.

Bien, de mi parte voy a empezar justo por donde acaba de terminar la doctora Paula Navarro, y nos hablaba de la lista de los árbitros y los adjudicadores.

Y, entonces, precisamente, mencionaba que hay que hacer una evaluación de esta lista.

Conozco de centros que hacen una rigurosa evaluación para ingresar a esa lista, y otros que no sabemos cómo determinan su lista de árbitros y de adjudicadores.

Ahora, esta evaluación, obviamente, tiene que considerar qué es lo que me pide la norma. Y, hablando ya de la idoneidad de los árbitros y adjudicadores, buscando un poco en los textos en Internet, encontré que la idoneidad se refería a la actitud, la disponibilidad de realizar determinada labor, a la competencia y a la conveniencia de designar a determinado profesional como árbitro o como adjudicador.

Entonces, de toda esta lista que pude encontrar, he tomado tres puntos. La aptitud, buscando también, se refería a las capacidades técnicas. Esto es, al conocimiento, la experiencia o lo que nosotros conocemos como las habilidades duras del profesional, y que muchos de acá, funcionarios conocidos, obviamente, tienen.

Pero, también a las habilidades blandas, particularmente, para los adjudicadores se exige mucho esto porque tienen una relación constante, permanente con las partes, obviamente, no directa de comunicaciones, pero sí cuando se hacen visitas a obra, o cuando se hacen las audiencias, yo reconozco bastante la habilidad que tienen los abogados para hacer ciertas preguntas, que, en el caso de los ingenieros que ahora desempeñamos la labor de adjudicadores, vamos aprendiendo poco a poco, porque en la forma cómo preguntamos, también solemos delatarnos cómo estamos pensando. Y ahora tengo que buscar las preguntas que hacerle a una parte, y también que hacer a la otra para no delatarme.

Otro aspecto también que encontré es la referida a la conveniencia. ¿Y qué es la conveniencia?

Entonces, si yo tengo una obra que voy a ver, ya sea en arbitraje, ya sea en JRD, y es una obra de saneamiento, entonces, necesariamente buscaré un profesional más allá de ser abogado, arquitecto o ingeniero, que haya tenido algún tipo de participación en esta especialidad, en saneamiento. O, por ejemplo, las de los cierres de pasivos mineros. No hay muchos profesionales que tienen experiencia en esto, pero, seguramente, sí habrá como parte de la lista de determinado centro que sí ha tenido algún tipo de experiencia, ya sea como árbitro, tal vez, o en su experiencia profesional.

Entonces, ahí, antes de escoger al centro, también debo hacer una evaluación de quiénes son los profesionales que integran esta lista de árbitros, esta lista de adjudicadores.

De mi parte, por ejemplo, alguna vez me comentaron algunos amigos que no sabían que formaban parte de determinada lista del centro y su nombre estaba ahí. Y su nombre estaba ahí porque cuando les llamaron a preguntar «te quiero designar», y resultaba que nunca había sido invitado, por lo menos, a formar esa lista.

Otro aspecto de la conveniencia, también, y, particularmente, en el caso de los adjudicadores, es que tengan, además de la disponibilidad de tiempo, la predisposición de viajar y la capacidad física de poder viajar. Hay muchas obras que están en ciudades, en capitales de provincia o en Lima, pero también hay obras no necesariamente pequeñas, sino, por ejemplo, carreteras que exigen ir a determinada altitud, o que se están abriendo o están mejorando la infraestructura y no es tan cerca; no está nada cerca. Entonces, el profesional puede ser bastante bueno, puede gozar de muy buena reputación, pero también hay que preguntarle porque, obviamente, esa determinación de que, si va a poder viajar o no, la tendrá que hacer él o ella, perdón. Preguntarle si es que va a poder viajar. De plano no podría tachar a determinado profesional, solo porque me parece que es muy delgado o ella es muy regia. No puedo hacer ese tipo de evaluación. Necesariamente, tendría que preguntarle y a ver si es posible que viaje.

Otro aspecto de la conveniencia es revisar las recusaciones que ha tenido, cuántas de esas recusaciones han sido fundadas para saber de qué reputación goza este árbitro o este adjudicador.

Bueno, por lo menos, en cuanto a los adjudicadores, en cuanto a los árbitros, desconozco si se publican, pero, en cuanto a los adjudicadores, no se publica, así como todavía no se publican las decisiones de estos adjudicadores o de los centros, y de tal manera que me pueda permitir o permitir a las partes evaluar de qué forma sustenta su decisión determinado árbitro o árbitra o adjudicador o adjudicadora.

Entonces, también es importante que pueda cumplirse con ello. Sin embargo, hay que hacer también, hay que revisar que este aspecto todavía no está normado por el OSCE cómo debe hacerse esa publicación.

Entonces, no podemos decir, no podemos culpar al centro por qué no lo publica, porque no está establecido de qué forma se va a realizar esa publicación.

Finalmente, en cuanto a la competencia. Y en cuanto a la competencia, me parece creo que es algo más sencillo porque hay que recurrir a la norma. Qué nos dice normativamente quiénes son competentes para determinado arbitraje. Si es un arbitraje de contratación pública o es un arbitraje comercial, de inversión, quiénes son los competentes, qué impedimentos ha establecido la normativa para el arbitraje o para el árbitro, que también son los mismos para el caso de los adjudicadores.

Finalmente, la evaluación propia, qué hace el árbitro, qué hace el adjudicador, si puede tener algún tipo de incompatibilidad, de tal manera que pueda su declaración o su deber de revelación.

Y, finalmente, no nos engañemos, cuando tenemos que designar a un árbitro o a un adjudicador y no conocemos de él, pero algo nos han dicho que conoce bastante, solemos llamar a nuestros colegas y preguntarles qué tan bueno es, si conoce o no conoce, de qué forma decide. Es la verdad, también es, digamos, cierto criterio que puede ser usado.

Gracias, Karina.

Karina Zambrano: Gracias, vamos a cerrar el panel.

Tenemos a María Luisa y Stephanie con la exposición y después de eso un minuto cada uno. Ocho en punto debemos terminar.

Gracias.

Stephanie Uribe: Bueno, buenas noches con todos.

En este caso, vamos a hacer una presentación conjunta con María Luisa. En su momento, se presentará también. Y esto es un poco como lo que voy a tomar de un expositor anterior. La lista de deseos, pero no de un perito sino de los contratistas.

¿Qué espera un contratista de un centro de arbitraje? En este caso, de un centro que brinda la asistencia, en este caso, la secretaría de una JRD o un *dispute board*.

Como bien saben, un poco de preámbulo en este caso, la asistencia de secretaria en las JRD es obligatoria.

En el caso de los *dispute boards*, a diferencia de ello, no está normado que esto tenga que ser con una secretaría.

No obstante, en nuestro país existen algunos centros también de arbitraje y de JRD, que brindan el servicio, pero por acuerdo de las partes.

En ese sentido, hemos dividido la presentación en tres partes, muy cortas también para no extendernos con el final y es una primera etapa en qué necesita o qué espera un contratista cuando busca o cuando evalúa el servicio de una secretaría, tanto en una JRD o en un *dispute board* en una primera etapa de asignación y la conformación de una JRD y *dispute board*.

Una segunda etapa es ¿qué espera de un centro en el proceso del servicio de secretaría ya en ejecución en obra?

Y luego, finalmente, ahí hemos puesto un par de oportunidades de mejora como para poder discutir, en realidad, con el panel y también con los asistentes.

El primer punto que hemos puesto es ¿qué se espera, por ejemplo, en el caso de un servicio de secretaría en un *dispute board* que, por ejemplo, no es muy común de utilizar en nuestro país?

Un contratista, por ejemplo, podría esperar que los centros especificaran en un *brochure* o en su página web, por ejemplo, ¿cuáles son los beneficios de contar con una secretaría? ¿Es necesario para un *dispute board* que tenga una secretaría que los asista? ¿No es necesario? ¿El *dispute board* debe ver cómo manejarse a nivel interno?

Entonces, ese es un poco el pro y el contra que consideramos que podría ser útil para un contratista para evaluar el servicio de secretaría.

Un segundo punto es también, lo tomo también de lo que mencionó Cristian, la disponibilidad de los adjudicadores.

Entonces, la pregunta va un poco más atrás. ¿Es suficiente la publicación de una lista de nómina de adjudicadores o esta nómina debería estar adjunta con más data, por ejemplo, respecto a la disponibilidad? ¿Un adjudicador, en este caso, tanto de JRD como de *dispute board*, tiene algún parámetro de número de JRD que debería administrar? Entonces, es un parámetro que es discutible, ¿no? ¿Cuántos JRD o cuántos *dispute board* puede tener este adjudicador para considerar yo que va a tener disponibilidad en mi proyecto, considerando la complejidad, el plazo, el costo, para poder ser, en este caso, designado?

Aquí doy el paso a María Luisa para los siguientes puntos.

María Luisa Cáceres: Bien, muchas gracias.

Información respecto a sus especialidades y trayectoria Profesional.

¡Qué importante ese deber de revelación! He escuchado muy atenta hoy día, no solo para los árbitros, sino que los adjudicadores o los miembros DAB deben de hacerlo.

El centro debería de difundirlo, ¿no? Nosotras estábamos trabajando en ello. Información respecto a sanciones que haya administrado el centro a los adjudicadores de sus nóminas, recusaciones y renuncias, señores.

Me ha gustado este día haber acompañado porque estamos poniendo en la mesa las cosas que pasan. La realidad es que hay profesionales que renuncian porque dicen, simplemente, «No me está pagando. ¿Qué dice el reglamento? Ya, dale quince días, me voy».

Pero ¿por qué se va? Porque, obviamente, pues, el personal tiene otro trabajo. Tiene más adjudicaciones, quiere tomar más, está en la cartera de su grupo, que, seguramente, le dicen: «Te liberas, ya te liberas. Yo puedo tomar diez más, dale, vamos, nómbrame».

Entonces, creo que eso es importante. Porque vamos a ver las frecuencias. «¿Y usted por qué renunció tantas veces, ah? Diez veces. Sí, es que no me pagaron. Ah, ¿te pagaron cuándo? Llevaba tres meses, seis meses. Ya no quise continuar. O el segundo mes no más renuncié».

Al sexto mes comprendo yo, porque no es una obligación que quedamos y estemos en ese puesto. Estar subvencionándose un viaje con una asistencia mensual. Pero ¿al segundo mes, al tercer mes, tan pronto? ¿Qué sucede en realidad?

Conformación de disponibilidad para ir a las visitas de obra. Lo mencionado, es un tema recurrente, en varios congresos lo decimos. Tenemos que ver, dar la señal de si disponemos de ese tiempo.

Generalmente, regreso a la anterior. Es porque no podemos visitar porque realmente tenemos más ocupaciones, más trabajo, y no nos permite eso que, si me voy tres días, me voy a Huancavelica, voy a ver esa trocha, me voy a llamar a cinco días, regreso, perdí, me voy a enfermar. No, y tengo otro examen, tengo que preparar clases, estoy dictando tema académico, o tengo que responder sumisiones formales.

Entonces, creo que debemos de sincerar ese tema de realmente cómo vamos a desempeñarnos como profesionales, porque el contratista, y esta es una persona del contratista, está, pues, invirtiendo y quiere buenos profesionales.

Bueno, un seguimiento activo también, el centro debe ser un seguimiento activo en el proceso de los pagos. No solamente es la secretaría que nos acompaña, sino es hacer esa recurrente comunicación constante. «Oiga, ¿qué está sucediendo a la firma del contrato? Vas a poder pagar».

Acercarse, porque, a veces, la entidad tiene demasiadas funciones y, por decir lo más suave posible, se distrae y no hace seguimiento al pago. Y pasó el tercer mes, y, en este caso, como decía, no fue de mala fe, sino que, simplemente, o lo cambiaron al funcionario, o de repente se dio cuenta que no tenía disponibilidad presupuestal.

¿Y qué hace la secretaría, si no hizo el seguimiento oportuno, hacerle recordar o avizorar, «oiga, ¿realmente usted va a poder llevar a cabo este proyecto?, para el que yo estoy representando, llevando a estos adjudicadores, y ellos se están comprometiendo, porque, cuando uno forma este contrato, nosotros, ahí dice compromiso, y reservamos un tiempo permanente, y no aceptamos más trabajos.

Entonces, yo creo que si el adjudicador se somete a ese compromiso, la otra parte también tiene que hacer eso, en disponer los pagos.

¿Te dejo esos dos puntos para poder terminar?

Stephanie Uribe: Como bien mencionábamos, Esta es la segunda etapa, justamente. ¿Qué esperaría el contratista en este servicio, durante ya la ejecución de la obra?

Como bien dijo María Luisa, uno, es importante el seguimiento de los pagos, y el segundo también el tema del seguimiento de las agendas. Se supone que, si estamos ya dentro del servicio, el contratista contratado, las partes pagan ese servicio, ¿tiene que estar la parte exigiendo que la secretaría haga sus funciones inherentes? ¿Tiene que estarle recordando que tiene que hacer los cronogramas de las agendas, tiene que estar recordando constantemente, en este caso, de cómo van los plazos en las asistencias, en este caso, informales, en este caso de los plazos, por ejemplo, de una sumisión formal, en el caso de una JRD de la consulta, en el caso de la decisión?

Entonces, ¿qué se espera? Que lo haga a tiempo y que no necesite el impulso de una de las partes.

El segundo punto es también brindar la infraestructura necesaria.

Qué, para un poco aterrizar qué entendemos como infraestructura necesaria.

Escuché creo que en uno de las mesas del día de hoy que decían que una casa, por ejemplo, en provincia puede ser un centro de arbitraje. ¿Eso puede considerarse como infraestructura necesaria?

Bueno, a nuestro parecer no es una infraestructura necesaria en este caso para este tipo de servicios. Debería contar con salas que estén ambientadas para las partes, que también tengan una sala aparte para que la JRD o el *dispute board* pueda irse a dirimir, tener un momento a solas sin las partes.

O, por ejemplo, cuando en un taller acuerdan, por ejemplo, dar un tiempo a las partes para que se pongan de acuerdo, conversen, o puedan tener una transacción.

Entonces, eso es lo que nosotros entendemos como la infraestructura necesaria que debería tener un centro que quiere brindar ese servicio de manera al menos eficiente.

Y, finalmente, el tema del traslado oportuno de información y la revisión de los archivos. Parece anecdótico, pero muchas veces nos ha tocado recibir millones de anexos en una sumisión y encontrar varios que no abren. O de encontrar transferencias que ya están vencidas en el WeTransfer y creemos que, en realidad, este primer filtro pasa por gente que pasa a una secretaría, tanto en la JRD y en el caso que también lo obtenga un DAB. Entonces, esas serían las dos etapas.

Y como bien señalamos, también hemos traído un poco a la mesa oportunidades de mejora. Aquí le doy a María Luisa el pase.

María Luisa Cáceres: Bueno, las oportunidades de mejora y también nuestros deseos. ¿Por qué no decir la verdad? Creación de indicadores de rendimiento de los adjudicadores que midan. Necesitamos, como buenos ingenieros, indicadores. Queremos que se mida su desempeño en el adjudicador, la presencia en las visitas de obra, en reuniones mensuales, en las audiencias, promoción de los talleres.

En la JRD no se cobra por minuto, es un *flat*. Pero, ¿por qué no proporcionar talleres para enseñar a las partes? Es parte de la gestión. Solución de controversias dentro de los plazos.

Entonces, creo yo que estos indicadores suman. ¿Se pueden mejorar? Sí. Los lanzamos a la mesa para que los centros puedan evaluarlo en un futuro.

Soy una persona y junto con Stephie, personas de cambio. Las discusiones me gustan mucho. Tenemos que cambiar, hay que generar cambios para mejorar. Es lo único que nos va a llevar a ser cada día, valga la redundancia, mejor como persona, mejores profesionales. Y ese desempeño profesional aportarlo al desarrollo de nuestro país que tanto lo necesita.

Muchas gracias.

Karina Zambrano: Muchas gracias. Ya no tenemos tiempo para otra ronda. Ha sido un lujo, ha sido un honor para mí compartir panel con ustedes.

Muchas gracias.

XVI Congreso Internacional de Contrataciones
Públicas, JRD, DABs y Arbitraje - 2024
de la Asociación Zambrano
se terminó de imprimir en el mes de
marzo del 2025, con FM Servigraf E.I.R.L.
Calle el Alhelí 108-B dpto. 201, Surquillo,
teléfono: 774-9972
Lima, Perú