

**ACTAS DEL SEGUNDO CONGRESO INTERNACIONAL
DE ARBITRAJE DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO
CUSCO 2014**

Volumen 36 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Actas del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje de la Asociación Zambrano Cusco 2014

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**ACTAS DEL SEGUNDO CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO
CUSCO 2014**

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

© CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

Primera edición, marzo 2017
Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Henry Revett n.º 220, Santiago de Surco, 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 2017-02550

ISBN: 978-612-46837-4-9
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del Editor	11
1. Inauguración <i>Karina Zambrano Blanco</i>	13
2. Arbitraje y contratación gubernamental <i>Francisco González de Cossío</i>	15
3. La situación del Sistema de Contratación Pública en el Perú <i>Ricardo Salazar Chávez</i>	45
4. Los <i>Dispute Boards</i> o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción <i>Juan Eduardo Figueroa Valdés</i>	55
5. Delito de colusión en el ámbito de las contrataciones que se realizan con las entidades del sector público <i>Luis Lamas Puccio</i>	73
6. La experiencia arbitral en la expropiación de los terrenos aledaños al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez <i>Gonzalo García-Calderón Moreyra</i>	95
7. Arbitraje y contratación pública en Bolivia. Desafíos actuales <i>Bernardo Wayar Caballero</i>	111

8. Debemos dejar de arbitrar como si fuéramos jueces:
debemos aprender a arbitrar
Fernando Cantuarias Salaverry 117
9. Los sobrecostos en obras ¿tema arbitrable?
Héctor García Briones 127
10. Los conflictos sobre contrataciones públicas resueltos
mediante conciliación y arbitraje en el Perú y Cusco
Karina Zambrano Blanco 135
11. La corrupción en la contratación pública y su inci-
dencia en el arbitraje internacional desde el punto de
vista de la corrupción como parte de la controversia;
no tanto como un tema a tratar
Jaime Gallego 145
12. Arbitraje en la contratación pública en Panamá
Liliana Sánchez Ortega 153
13. Reformas al régimen del arbitraje en materia de con-
tratación administrativa 159
Richard Martin Tirado
14. Materia arbitrable y no arbitrable (principales contro-
versias) en el marco de la Ley de Contrataciones del
Estado
Rocío Cano Guerinoni 167
15. Confidencialidad y transparencia en arbitrajes con
partes estatales
Roque J. Caivano 175

16. El arbitraje y la contratación con el Estado ecuatoriano
Xavier Andrade 183
17. Arbitraje en minería
Gabriela Jáuregui Morán 189

NOTA DEL EDITOR

En el año 2013 asistí al primer Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación que organizó la Asociación Zambrano en la ciudad del Cusco.

Fue una enorme satisfacción ser invitado a un Congreso realizado en una ciudad que tiene tanto significado para mí en lo personal y familiar, y que es admirada por todo el Perú.

Este Congreso fue promovido y organizado por la doctora Karina Zambrano Blanco, especialista en arbitraje, con quien he tenido el gusto de trabar una buena amistad a lo largo de estos años.

Lamentablemente, de ese primer Congreso no quedaron registros sonoros, por lo que no fue posible reproducir las interesantes sesiones de ponencias e intercambio de ideas que se produjeron en el mismo.

Esto, felizmente, se corrigió a partir del siguiente Congreso, también realizado en la ciudad del Cusco el año siguiente (2014).

Recuerdo que conversé con Karina para aprovechar el material académico que representa estos Congresos, a efectos de incorporarlo como parte de la *Biblioteca de Arbitraje* de mi Estudio de abogados.

En ese sentido, agradezco a Karina el haber aceptado mi propuesta de inmediato y, desde aquella fecha, nos pusimos a trabajar en la transcripción y edición de las actas de los Congresos de los años 2014, 2015 y 2016.

Este libro recopila aquello que fue objeto de exposición en el Congreso del año 2014.

Nuestra *Biblioteca de Arbitraje* agradece profundamente la colaboración de la doctora Zambrano al permitirnos publicar tan valioso material, el mismo que, como ocurre en todo evento académico, es una muestra de la evolución del derecho en el tiempo; y, sin duda, del acento que se pone en el debate de los principales problemas de la disciplina arbitral.

Lima, octubre del 2016

Mario Castillo Freyre*

Director de la *Biblioteca de Arbitraje*

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com

INAUGURACIÓN

*Karina Zambrano Blanco**

Señores, autoridades, expositores, colegas, árbitros y amigos:

Es para mí un honor, en representación de la Asociación Zambrano, darles la bienvenida a este II Congreso Internacional de Arbitraje en Contrataciones Públicas, y hacerlo desde el auditorio Sacsayhuamán de la Municipalidad Provincial del Cusco.

Este segundo evento se organizó, conjuntamente, con la Cámara de Comercio del Cusco, con la finalidad de difundir el arbitraje y la conciliación, como mecanismos de resolución de conflictos en las contrataciones públicas, y posicionar al Cusco como una sede importante de arbitrajes nacionales e internacionales, por lo que es muy significativo que tan importante encuentro internacional se lleve a cabo en esta ciudad imperial.

Durante los próximos días, ustedes se abocarán a conocer el rol del arbitraje en las contrataciones con el Estado, dentro del marco de la Ley de Arbitraje y la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Contamos con la gentil participación de reconocidos profesionales y árbitros, quienes abordarán los siguientes temas:

Primer panel: Visión general de las contrataciones públicas y del arbitraje.

* Presidenta de la Asociación Zambrano.

Segundo panel: El arbitraje y las contrataciones públicas en el sistema comparado.

Tercer panel: La problemática en el ejercicio del arbitraje y las contrataciones públicas.

Cuarto panel: Alcances para coadyuvar el desarrollo del arbitraje en las contrataciones públicas en el Perú.

Seguramente, durante el desarrollo del evento surgirán diversas preguntas que nos invitarán a reflexionar sobre el rol del arbitraje en las contrataciones con el Estado.

Sin más, les doy la bienvenida y agradecimiento a todos los asistentes por su participación. A todos, mis mejores deseos para que este II Congreso Internacional, se constituya en una exitosa tribuna de reflexión.

Muchas gracias.

ARBITRAJE Y CONTRATACIÓN GUBERNAMENTAL

*Francisco González de Cossío**

*The particular topic of State contracts impinges upon
some of the gravest questions of International Law.
This part of International Law, like so many other branches of the
law, is in great need of elaboration. This can best be accomplished by its
application to concrete cases by arbitral tribunals. There is a wealth
of material from which the law could by this means be developed.*

JENNINGS. *State Contracts in International Law*.¹

Sumario: i. Introducción.— ii. El antecedente: la teoría del contrato administrativo.— iii. El desarrollo.— A. Renovado interés en arbitraje en contratación gubernamental.— 1. Ley de Obra Pública y Ley de Arrendamientos y Servicio.— 2. Ley de Asociaciones Público-Privadas.— B. El caso *Commisa vs. PEP*.— 1. El laudo.— 2. El amparo.— 3. La impugnación judicial y la nulidad.— 4. La ejecución fuera de México.— iv. El problema.— v. Una solución: contra la *malaise française*, el antídoto *anglaise*.

* González de Cossío Abogados, S.C. (www.gdca.com.mx). Árbitro, mediador y postulante en casos nacionales e internacionales. (Este ensayo es una actualización del publicado por la Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, vol. 36, 2012).

¹ *British Year Book of International Law* (1961), 37, pp. 156, 182.

I. INTRODUCCIÓN

La reflexión citada en la portada de este artículo es relevante, no sólo porque proviene de uno de los titanes del derecho internacional, sino porque sigue siendo tan atinada como lo era cuando fue emitida hace más de cincuenta años. No sólo eso, lo que es cierto con respecto a la contratación gubernamental *internacional* es aplicable también a la contratación gubernamental «local», sobre la cual me enfoco en este ensayo.²

La utilización del arbitraje en la contratación gubernamental³ ha generado dudas y preocupaciones. No obstante sus bondades, se percibían riesgos. Recientemente, un doble desarrollo ha puesto el tema en el ojo del huracán. Por un lado, el incremento en su utilización —tanto legislativa como contractualmente—. Por otro, la actualización de algunos de los riesgos aludidos.

Este ensayo comenta el desarrollo. Al hacerlo, busco un objetivo que deseo divulgar desde el comienzo: canalizar el debate constructivamente. Percibo que existe una proclividad a dar más eco a los «problemas» que a los «éxitos». Por motivos que aún no acabo de comprender, comentaristas y expertos diversos están más dispuestos a poner la lupa en el «tropiezo» que en el «logro». Y al hacerlo, el problema no se comenta —mucho menos, analiza— con la profundidad y objetividad necesaria.

² Me ceñiré al derecho administrativo local y sus implicaciones en arbitraje. No abordo las ramificaciones internacionales por haberlo hecho en otros contextos. («¿Cuándo *pacta* es *servanda*?»: Las cláusulas paraguas en arbitraje de inversión» e «Interpretación de las cláusulas paraguas en la experiencia del arbitraje de inversión», ambos visibles en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje. A su vez, *Arbitraje*. México D.F.: Ed. Porrúa, 2011, 3.^a edición, pp. 951-976).

³ Por sencillez, utilizo la frase genérica «contratación gubernamental» para abarcar todas las especies de contratos administrativos.

Para mi gusto, ello es lamentable. No sólo porque es una manera parcial y poco seria de dialogar, sino también porque muestra una verdad a medias. Un panorama sesgado; cuando la realidad es distinta. Y ante una prognosis mala, la diagnosis dista de servir.

La realidad es que existen logros importantes y plausibles en esta materia. A continuación se comentarán (§III), no sin antes describir el trasfondo conceptual sobre el cual ocurre (§II) que explica el problema que genera (§IV). Expuesto ello, propondré una solución (§V).

II. EL ANTECEDENTE: LA TEORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO⁴

La teoría del contrato administrativo de la tradición jurídica civilista⁵ en esencia dice que el contrato administrativo guarda tanto «similitudes» como «diferencias» con el contrato regido bajo derecho privado.⁶ Las

⁴ En la investigación y elaboración de esta sección me he beneficiado de conversaciones con varios expertos en derecho y litigio administrativo. Uno de ellos —Julieta Ovalle Piedra— me ha sido especialmente útil. Deseo extenderle mi reconocimiento y agradecimiento por su orientación, deslindándola de cualquier error u omisión por los cuáles sólo yo soy responsable.

⁵ Es digno de énfasis que el régimen que a continuación describo no ha encontrado eco en jurisdicciones de *common law*. Grosso modo, para estas jurisdicciones, el régimen del contrato administrativo se circunscribe a la licitación y adjudicación (*public procurement*) en términos costo-eficientes, justos y ausentes de ilicitud (incluyendo corrupción). Pero hecho ello, el contrato se torna en un instrumento regido por el derecho privado. Como lo expone Cane: «Unlike French law [...] English law recognizes no category of 'public contracts' subject to a regime of public law and distinct from contracts between private individuals and corporations. The starting point of English law is that the 'ordinary' law of contract regulates public contracting [...] and private contracting alike». (CANE, Peter. «Administrative Law». Clarendon Law Series. Oxford: Oxford University Press, 2011, 5th edition, p. 224).

⁶ Al respecto, ver Laubadère, «*Traité Théorique et Pratique des contrats administratifs*». Librairie générale de droit et jurisprudence. París: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1956. RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. L.G.D.J. France, 2010. GUETTIER, Christophe. «*Droit des contrats administratifs*». Thémis Droit. París: Presses Universitaires de France, 2004.

«similitudes» consisten en que parte de dicho acto jurídico se nutre, teje y rige por el derecho de las obligaciones. Por la teoría del contrato. Por principios de contratación, incluyendo la libertad contractual —aunque matizada—. ⁷

Las «diferencias» radican esencialmente en dos cuestiones. Primero, una de las partes es un ente público que responde públicamente por su gestión. Después de todo, utiliza fondos públicos. Segundo, los intereses en juego. Siendo que contrata para, por ejemplo, prestar un servicio público, y ello con miras a satisfacer necesidades colectivas, sus intereses deben prevalecer sobre las necesidades individuales. Su régimen *viz* el contratante particular merece un tratamiento diverso. Después de todo, no son iguales. Mientras que uno responde a un interés «particular» (lucro), otro responde a un interés «público» (satisfacer una necesidad social).

Aceptada la distinción, fluyen consecuencias diversas. Una relevante para los objetivos de este ensayo es el *régime exorbitante*:⁸ un conjunto de principios de los cuales carece el derecho contractual privado que dan prerrogativas al ente público por encima del ente privado.⁹ Un régimen

⁷ Este punto merece énfasis. Mientras que en los contratos civiles las partes pueden pactar todo lo que no esté prohibido, en los contratos administrativos las partes pueden pactar sólo lo que esté permitido. Lo que el derecho administrativo aplicable permita. Claro, pueden no aceptarlo y simplemente no contratar. Pero no pueden escoger de entre el régimen administrativo qué pactar y qué no. Es a esto a lo que me refiero al aludir a la libertad contractual matizada administrativamente.

⁸ Laubadère hace, en la biblia de esta materia, un análisis detallado de la *clause exorbitante*. (*Ob cit.*, pp. 85 *et seq.*).

⁹ Por ejemplo, el *ius variandi*: la posibilidad de cambiar algunos términos del contrato dentro de ciertos límites en línea con un propósito de interés general. Otro ejemplo es la terminación administrativa y la posibilidad de emitir decisiones auto-ejecutables. A su vez, en algunas jurisdicciones se acepta que el particular no cuenta con la *exceptio non adimpleti contractus*. El universo exacto de facultades exorbitantes varía no sólo de país en país (consecuencia natural de ser producto del derecho local), sino dentro del mismo dependiendo del régimen aplicable (por ejemplo, puede ser que conforme a una ley administrativa estatal existan

que deroga derecho común. Una prerrogativa derivada de la fuerza pública,¹⁰ que es tanto causa como consecuencia del hecho de que el contratante público es *in natura* distinto al privado.¹¹

Dicha diferencia en la realidad tiene un reflejo en el mundo del derecho: la ausencia de igualdad que constituye el punto de partida del Derecho Civil Contractual.¹²

Esta teoría, si bien producto y peculiaridad del Derecho francés,¹³ se contagió a jurisdicciones diversas.¹⁴ Una de ellas fue México. Como resultado, diversas jurisdicciones aceptan,¹⁵ casi como verdad de Perogrullo, que cuando un particular contrata con el Estado (o cualquier ente gubernamental), lo hace en términos distintos a los que aceptaría cuando contrata con otro particular. La doctrina administrativa hace eco del paradigma. Por ejemplo, Serra Rojas explica:¹⁶

más facultades exorbitantes que otro, inclusive del mismo país). Y para añadir a la complejidad, algunos entes públicos contemplan más facultades asimétricas que otros al confeccionar sus contratos de adhesión.

¹⁰ «*Prérogative de puissance publique*» para parafrasear a Laubadère. (*Ob cit.*, p. 91).

¹¹ Su distinción exacta ante géneros próximos visibles en relaciones contractuales entre partes con asimetría económica puede ser difícil. Ante ello, una manera de determinar si una disposición o facultad es exorbitante —y no simplemente leonina— es que la cláusula exorbitante tiene «sello administrativo» (*porte la marque administrative*, en palabras de Laubadère. (*Ob. cit.*, p. 100)).

¹² Aunque la infrecuencia es una característica de las cláusulas exorbitantes, el que una cláusula sea poco habitual no le merece el adjetivo «exorbitante». Es por ello que la alusión al «sello administrativo» es útil.

¹³ TAWIL, Guido Santiago. «*On the Internationalization of Administrative Contracts, Arbitration and the Calvo Doctrine*». En: *Arbitration Advocacy in Changing Times*. ICCA Congress Series n.º 15. The Hague: Wolters Kluwer, 2011, p. 327.

¹⁴ Un estudio explica la existencia del *droit administratif* como resultado de la debilidad de los otros poderes ante el Ejecutivo y para evitar que el Poder Judicial interfiera en actividades de la administración (NEVILLE BROWN, L. y John S. BELL. *French Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, 5th edition, pp. 24-25).

¹⁵ Por ejemplo, casi toda América Latina.

¹⁶ SERRA ROJAS, Andrés. *Derecho Administrativo*. México D.F.: Ed. Porrúa, 1995, 16ª. edición, pp. 634-635.

La institución del contrato forma parte del sistema liberal ya que las partes lo celebran con libertad o en ocasiones sujeto a ciertas restricciones necesarias para asegurar el interés general. Un sistema totalmente diferente es el que existe en los Estados comunistas, en donde estas formas jurídicas no pueden llamarse propiamente contractuales, por la constante y total acción unilateral del Estado.

El contrato administrativo es una obligación bilateral, sinalagmática, en la que una de las partes es la administración pública con las prerrogativas inherentes a su condición jurídica, y la otra un particular o una entidad pública, destinada a realizar determinados fines o relaciones, sometidos a ciertas reglas particulares exorbitantes, entre ellas la forma que deben revestir y la de estar sometidos, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En los contratos que regula el Código Civil, la voluntad de las partes es la suprema ley, de allí nacen las normas que rigen esa relación jurídica aplicándose el propio Código como normas supletorias para llenar los vacíos no previstos por las partes. Sus principios generales radican en la igualdad de las partes y en la autonomía de la voluntad.

En los contratos administrativos la situación es diferente: la voluntad de las partes no pueden alterar los mandatos de la ley que se aplica directamente, las partes se subordinan a una relación de derecho público preestablecida o principios jurídicos creados *ex-profeso* para normar esas situaciones, que obedecen a los reclamos del interés público. De aquí cierta precariedad en la relación que se establece, que es de antemano conocida por los que contratan con la administración pública que actúa sin propósito de lucro y sólo trata de asegurar el interés general.

En otro contexto, Serra Rojas continúa:¹⁷

¹⁷ SERRA ROJAS, Andrés. *Derecho Administrativo*. Segundo Curso. México D.F.: Ed. Porrúa, 1995, pp. 641-642.

La cláusula exorbitante es una imposición del poder público que la reclama inspirado en el interés general, que no debe estar subordinado a un interés particular. El Estado define previamente el régimen jurídico que regulará todos sus actos, que no pueden ser otros que la imperiosa necesidad del mantenimiento de los servicios públicos. Cuando el Estado lo estima conveniente no establece este régimen y el contrato ni puede llamarse un contrato administrativo.

[...]

Este régimen exorbitante se traduce en ciertos privilegios para la administración pública, necesarios para la realización de sus fines. Por ello goza de prerrogativas y facultades superiores a las de los particulares. Por lo regular, la interpretación u aplicación del contrato administrativo lo hace la propia Administración.

Otro importante administrativista, Gabino Fraga, explica:¹⁸

El régimen excepcional de los contratos administrativos permite considerar como válidas ciertas estipulaciones que no podrían tener efecto en el régimen de contratación civil. Dentro de este último serían contrarias al orden público y, por lo tanto, estarían viciadas de invalidez las cláusulas que invistieran a uno de los contratantes de facultades para imponer de propia autoridad a su contraparte la ejecución forzada de sus obligaciones, las sanciones estipuladas en el contrato o la extinción misma de éste.

Por el contrario, esas mismas estipulaciones en favor de la administración dentro de los contratos administrativos se consideran como perfectamente regulares, porque ellas salvaguardan el eficaz cumplimiento de las atribuciones estatales, que de otro modo quedaría impedido si el Estado no dispusiera de medios rápidos y efectivos para poder satisfacer las necesidades colectivas. Y es que el Estado, como ya hemos dicho antes,

¹⁸ FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. México D.F.: Ed. Porrúa, 1994, 33.^a edición, pp. 403-404.

no puede prescindir de su carácter de poder público aun en las relaciones contractuales, y «si no impone como poder el contrato, impone al que quiere contratar con él condiciones que dejan a salvo ese poder».

A su vez, Alfonso Nava Negrete comenta:¹⁹

La cláusula exorbitante, desde luego es una cláusula derogatoria del derecho común, no es posible en los contratos de derecho común, la imposibilidad deriva fundamentalmente en que ella viene a romper con el principio esencial de la igualdad de los contratantes que priva en los contratos civiles. Y la manera como da origen a la desigualdad es creando a favor de la administración poderes, o más bien prerrogativas frente a su co-contratante. Aparece la noción de prerrogativa en provecho de la administración, como prerrogativa de fuerza pública, de la que no goza el co-contratante. Se habla así de prerrogativas exorbitantes.

Acosta Romero toca el punto en sus dos obras sobre derecho administrativo así:²⁰

Se señala en la doctrina que es típico de los contratos administrativos el que contengan cláusulas exorbitantes, es decir, en las cuales la administración pública tiene una serie de derechos que, en cierta forma, rompen con el principio tradicional del derecho civil, de igualdad de las partes en un contrato; esas cláusulas son, por ejemplo, en el contrato de obra, las de especificaciones y planos que se imponen al contratista, la de suspensión de obras y modificación de las mismas sin indemnización, la cláusula de rescisión unilateral, así como las que establecen la intervención de otros órganos de la administración pública.

¹⁹ NAVA NEGRETE, Alfonso. «Contratos de la administración pública». Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, 2.º número extraordinario, pp. 557-572.

²⁰ ACOSTA ROMERO, Miguel. *Derecho Administrativo Especial*. México D.F.: Ed. Porrúa, 4.ª edición, 2001, pp. 692-693. ACOSTA ROMERO, Miguel. *Segundo Curso de Derecho Administrativo*. México D.F.: Ed. Porrúa, 1993, 2.ª edición, pp. 633-634.

Y la doctrina no es la única que da eco a dicha noción. Recientemente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación razonó:²¹

Las singularidades que caracterizan a los contratos administrativos y a sus modos de ejecución, es la presencia en ellos de otra potestad de la administración pública, en virtud de lo cual ésta tiene la prerrogativa de disponer, en todo momento y de manera unilateral, la rescisión de esos contratos. [...] [dicha] potestad exorbitante de los contratos administrativos [es] el reconocimiento de la potestad o facultad de la rescisión administrativa encuentra plena justificación, por la circunstancia de que si en el ámbito civil, donde prevalece como regla general el interés privado, existe la previsión legal de que los contratantes sujetos a este régimen pueden, bajo determinadas condiciones, rescindir *motu proprio* los contratos bilaterales en que intervengan, sin necesidad de acudir a los tribunales, es lógico que tratándose de la esfera administrativa, en la cual imperan razones superiores, vinculadas al interés general, esa misma facultad puede ser ejercida por los órganos de autoridad, cuando celebren contratos con particulares, pues con ello la administración pública persigue la posibilidad de actuar con mayor oportunidad y eficacia.

Continúa explicando que:²²

[El] Contrato es de carácter administrativo y en la relación establecida entre la dependencia o ente de la administración pública y el particular, no existe igualdad ya que aquéllos se colocan en una situación distinta y más favorable de la que rige a quienes con ellos contratan poseyendo la atribución de rescindir administrativamente el contrato, rescisión que constituye un acto de autoridad administrativa ajeno a una mera relación entre particulares, de suerte tal que la rescisión no se traduce en autorización para hacerse justicia por sí mismo y para privar al particular el contratante de sus derechos sin haber sido oído y vencido en juicio, sino únicamente en el ejercicio de una facultad legal cuyo

²¹ Amparo en Revisión n.º 1081/2006, pp. 58-60.

²² *Idem*, p. 65.

establecimiento no contraviene alguna norma de la Constitución Federal pues ésta no le prohíbe de forma expresa, además, no impide él acceso a la administración de justicia por parte del gobernado.

En forma relevante, la Corte apoyó dicho razonamiento en casos recientes²³ y algunos de hace más de cien años.²⁴

Dicho paradigma ha propiciado la existencia tanto de un régimen «sustantivo» como «adjetivo» diverso.

Con respecto al «sustantivo», el principio subsumido en la legislación administrativa diversa es que, siendo un órgano público parte del contrato, cuya misión es prestar un servicio público que es de interés público, su continuada prestación no puede estar sujeta a vicisitudes provenientes de los intereses privados, individuales, de la parte privada en dicha relación.²⁵ Con respecto al régimen «adjetivo», la misma *ratio* motiva la existencia de tribunales especializados que conozcan (a veces con jurisdicción exclusiva) de las disputas que puedan surgir de dicha relación jurídica —el contencioso-administrativo y los tribunales administrativos del Poder Judicial—.

²³ Por ejemplo, la Tesis: 2ª iv/2001, de la Segunda Sala de la SCJN, SJF, tomo XIII, febrero 2001, p. 292 y la Jurisprudencia del Pleno de la SCJN cuyo rubro dice «contrato de obra pública. la competencia para conocer del conflicto suscitado por su rescisión, proveniente de un acto administrativo de autoridad, corresponde a un juzgado de distrito en materia administrativa» (Octava Época, junio 1995, SJF, tomo 78, p. 18).

²⁴ Cuyo sentido, en esencia, es entender que existen facultades con las que cuentan los entes públicos al contratar con particulares que son asimétricas y constituyen actos de autoridad.

²⁵ Al respecto, se recomienda FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. México D.F.: Ed. Porrúa, 1994, 33.ª edición, pp. 395 *et seq* y a ESCOLA, Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984, vol. II, pp. 678-679.

Entender esta teoría es clave, pues es la raíz del problema. No sólo porque es el trasfondo que motiva el desarrollo que comento en la siguiente sección, sino también porque es una teoría enraizada: proveniente de Francia, se ha extendido por países diversos (incluyendo latinoamericanos, por ejemplo, Chile,²⁶ Perú,²⁷ España,²⁸ El Salvador,²⁹ Costa

²⁶ Artículo 13 de la Ley n.º 19.886, Ley de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de servicios, que dice «Los contratos administrativos regulados por esta ley podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las siguientes causas: [...] d) Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional. [...]».

²⁷ En El Perú este tema ha generado mucha actividad, lo cual era de esperarse: se trata de una de las jurisdicciones más activas en arbitraje y arbitraje con el Estado. Los desarrollos han incluido legislación, doctrina y opiniones de la entidad competente sobre este tema: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Con respecto a doctrina, se recomienda TRELLES DE BELAUNDE, Óscar. *El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos*; DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *El régimen de los contratos administrativos en el Perú*; AMADO, José y Luis MIRANDA. *La seguridad jurídica en la contratación con el estado: el contrato-ley*. Las opiniones de la OSCE son visibles en <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones-2012> y <http://www.osce.gob.pe/articulo.asp?ids=6&ido=178> (fecha de consulta: abril 2013). Una de ellas hace eco de la teoría así: «[...] las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina “cláusulas exorbitantes” que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público —como es el que subyace a las contrataciones del Estado— en los que la administración pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado». Un ejemplo legislativo lo es el artículo 34 de la Ley de Contrataciones del Estado de 2008 que decía: «Cancelación del proceso. En cualquier estado del proceso de selección, hasta antes del otorgamiento de la Buena Pro, la Entidad que lo convoca puede cancelarlo por razones de fuerza mayor o caso fortuito, cuando desaparezca la necesidad de contratar, o cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente, bajo su exclusiva responsabilidad. En ese caso, la Entidad deberá reintegrar el costo de las Bases a quienes las hayan adquirido. [...]».

²⁸ Artículo 269 de la Ley de Contratos del Sector Público que dice que «son causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas las siguientes: [...] (g) El rescate de la explotación de obra pública. [...] (h) La supresión de la explotación de la obra pública por razones de interés público. [...]».

²⁹ Artículo 93 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública que dice: «Los contratos regulados por esta ley se extinguirán por las causales siguientes: [...] (d) Por rescate [...]».

Rica,³⁰ Nicaragua,³¹ Uruguay,³² Panamá,³³ Honduras³⁴ y Venezuela³⁵), y a la fecha sigue generando problemas en casos importantes, así como legislación especializada.³⁶ Un ejemplo notorio de esto es la *EuroDisney Law* de abril de 1986, que autorizó la inclusión de acuerdos arbitrales entre *Walt Disney Productions* (una entidad de los Estados Unidos de América) y entes públicos franceses, con miras a atraer a Francia la inversión de *EuroDisney*.

Entendido el trasfondo, pasemos al desarrollo reciente.

³⁰ Artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa que contempla el derecho de rescisión y resolución unilateral así: «la administración, podrá rescindir o resolver, según corresponda, sus relaciones contractuales [...] cuando así convenga al interés público. [...]».

³¹ Artículo 100 de la Ley de Contrataciones del Estado que establece: «Las entidades públicas contratantes, con el exclusivo objeto de proteger el interés público, tendrán las siguientes prerrogativas: [...] Resolver el contrato. [...]».

³² El artículo 51 de la Ley de Participación Público-Privada de Uruguay dice: «Los Contratos de Participación Público-Privada se extinguirán por las siguientes causales: [...] (d) Rescate dispuesto por la administración pública contratante por razones de interés público, en los términos previstos en la reglamentación y el respectivo contrato. [...]».

³³ El artículo 73 de la Ley de Contratación Pública de Panamá establece lo siguiente: «[...] la entidad contratante, en acto administrativo debidamente motivado, podrá disponer la terminación anticipada del Contrato, cuando circunstancias de interés público debidamente comprobadas lo requieran [...]».

³⁴ El artículo 127 de la Ley de Contratación del Estado de Honduras establece que «Son causas de resolución de los Contratos: [...] (7) Los motivos de interés público [...]».

³⁵ En Venezuela tanto la ley como la jurisprudencia han establecido que la administración pública puede incluir cláusulas exorbitantes en sus contratos al establecer un trato más favorable para la administración pública.

³⁶ Por ejemplo, el *Contrat de Partenariat* de Francia (Ordonnance n.º 2004-559 del 17 de junio de 2003), cuyo objetivo es permitir la utilización del arbitraje en asociaciones público-privadas. Ello se tornó en necesario dada la respuesta a la consulta hecha al *Conseil d'Etat* en el sentido de que el arbitraje no estaba disponible en dicha materia, particularmente, por estar en presencia de actos de autoridad.

III. EL DESARROLLO

Existe un doble desarrollo en esta materia. Por un lado, un renovado e impetuoso interés en utilizar el arbitraje en la contratación gubernamental. Por otro, un caso que actualiza los riesgos que algunos veíamos en esta materia. A continuación se comentan.

A. Renovado interés en arbitraje en la contratación gubernamental

Se observa un renovado interés en confiar al arbitraje la solución de problemas relacionados con la contratación gubernamental. Legislación administrativa diversa contempla la posibilidad de pactar arbitraje en la contratación gubernamental. Mientras que la Ley de Petróleos Mexicanos³⁷ y la Ley de la Comisión Federal de Electricidad³⁸ lo permitían desde hace tiempo, dos leyes administrativas importantes han modificado su régimen para autorizarlo. Más aún, una pieza legislativa importante del sexenio actual lo contempla dándole un papel importante: la Ley de Asociaciones Público-Privadas.³⁹

Este desarrollo merece más comentario no sólo por el resultado, sino por su génesis.

1. Ley de Obra Pública y Ley de Arrendamientos y Servicios

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas («Ley de Obra Pública») y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Ser-

³⁷ Artículo 72 de la Ley de Petróleos Mexicanos. Los nuevos lineamientos de contratación con Pemex expresamente contempla y permiten el arbitraje. (Artículo 68 de las disposiciones administrativas de contratación en materia de adquisiciones, arrendamiento, obras y servicios de las actividades sustantivas de carácter productivo de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios (DOF, 6 de enero de 2010)).

³⁸ Artículo 45 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica. Artículos 42 y 138 del Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.

³⁹ El autor ha presenciado conferencias del Jefe del Ejecutivo (Felipe Calderón) donde presume el logro de dicha ley, incluyendo su inclusión del arbitraje.

vicios del Sector Público («Ley de Arrendamientos») llevaban tiempo contemplando la posibilidad de pactar arbitraje. Sin embargo, dicha posibilidad estaba en la práctica vedada dado el requerimiento de ambos cuerpos normativos, de exigir que los acuerdos arbitrales que se celebren se hagan de conformidad con las reglas de carácter general que emita la secretaría de la función pública,⁴⁰ «mismas que nunca fueron emitidas».

Durante, aproximadamente, siete años se trabajó en los lineamientos exigidos por dichas leyes, sin que vieran la luz del día.⁴¹ En el 2008 un funcionario de alto nivel de la Secretaría de la Función Pública se abocó al tema, tomando con mucha seriedad la misión que se le confió. Para ello, tomó los mejores cursos de arbitraje que se ofrecen en México y creó un grupo de trabajo especializado. Tuve la suerte de formar parte de dicho grupo de trabajo. Las sesiones fueron muchas e intensas. Por su seriedad, el esfuerzo es digno de ser reconocido y aplaudido. El resultado no fue el mejor, pero fue un gran avance en la materia. Por ejemplo:

1. En vez de emitir lineamientos, se modificó la ley de raíz para contemplar en la misma el arbitraje. Ello para dar más seguridad jurídica a quien contrate.⁴²

⁴⁰ La ley aludía a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo (ahora Secretaría de la Función Pública), y requería que los lineamientos fueran emitidos previa opinión de la Secretaría de Economía.

⁴¹ Divulgo que colaboré en dicho esfuerzo. Fueron muchas las versiones que se circularon de dichos lineamientos. Si bien redacté la primera versión, muchos expertos dieron opinión y nutrieron la misma. Un experto mexicano, Roberto Hernández, fue especialmente activo y atinado.

⁴² Los lineamientos son más fáciles de modificar, lo cual podría restar confianza al contratante.

2. Como regla, se permitió el arbitraje. Y no se sobrerreguló,⁴³ algo digno de tomarse en cuenta, dada la frecuencia con la que se sucumbe a dicha tentación en este materia.⁴⁴
3. Se estableció un régimen liberal y permisivo.
4. Se contempló la posibilidad de pactar y utilizar otros mecanismos (como peritaje, mediación, conciliación y *dispute boards*).

Todo lo anterior es, en mi opinión, un avance positivo en esta materia. No sólo eso, es producto de un interés maduro, bien intencionado, de funcionarios diversos de fomentar la inversión en contratación gubernamental mediante la utilización del arbitraje y otros mecanismos. Ello merece reconocimiento y aplauso. Para mi gusto, el gremio arbitral mexicano no ha acabado de reconocer correctamente este esfuerzo.⁴⁵

A la par de lo bueno, existieron yerros. Al final del artículo 98 de la Ley de Obra Pública se estableció que:

No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta ley.

⁴³ Simplemente, se reconoció que es aplicable la *lex specialis* sobre la materia: el derecho arbitral mexicano (Título IV del Libro V del Código de Comercio).

⁴⁴ Es enorme la cantidad de foros donde he escuchado que debe existir un cuerpo normativo independiente y especializado sobre este tema. Siempre que he preguntado por qué la respuesta ha sido silencio. Se invita al lector a que comulgue con dicho razonamiento a considerar que tenemos derecho arbitral de punta. Ante ello, mucho mejor establecer normas de engarce que hagan aplicable el mismo, que reinventar el hilo negro.

⁴⁵ Observo que muchos prefieren señalar sutilezas que reconocer el avance del panorama. Siempre es bueno buscar el mejor resultado, pero cuando ello se hace a costa de desconocer la compleja realidad que a veces hace difícil (o imposible) emitir un texto jurídico «perfecto», ello es lamentable y pierde la oportunidad de construir. Pero, además, ¿perfecto para quién? Como dice el viejo adagio: ante «dos» abogados expertos ¡hay «tres» opiniones!

El artículo 80 de la Ley de Arrendamientos decía que:

Podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos de prestación de servicios de largo plazo previstos en la fracción VI del artículo 3 de esta ley o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta ley.

El paso tomado por ambas leyes genera problemas diversos, en resumen:

1. La inarbitrabilidad de la rescisión administrativa y de la terminación anticipada:
 - a) Excluye del arbitraje dos de los problemas más serios que puede vivir un contrato administrativo;
 - b) Provoca la existencia de procedimientos paralelos (arbitrales y administrativos); y
 - c) Manda un mensaje negativo a quien contrata con el gobierno.
2. El establecimiento de una norma que permita la exclusión del arbitraje por el reglamento, crea inseguridad jurídica al contratante.

Además de lo anterior, la Ley de Arrendamientos generaba⁴⁶ un problema adicional: adoptó un régimen de excepción, y en dos sentidos. Primero, al establecer que sólo puede pactarse en los contratos «previstos en la fracción VI del artículo 3 de esta ley», se excluyeron muchas especies de contratos administrativos.⁴⁷ Segundo, la redacción «sólo controversias de interpretación» genera dudas sobre el alcance material de la cláusula arbitral.⁴⁸

La restricción a la arbitrabilidad de la rescisión administrativa y terminación anticipada merece un comentario adicional. Comencemos con su génesis: fue incluida en el texto de la iniciativa en la recta final de las sesiones del grupo de trabajo. A su vez, no fue incluida por los participantes del grupo de trabajo, sino por terceros. La respuesta que mereció fue un (aguerrido) rechazo. Muchos apercibimos (yo fui insistente y enérgico) que contemplar dicha cortapisa acarrearía problemas. Tales, que posiblemente era mejor no modificar nada, que adoptar la iniciativa con dicha excepción. Pero, lo más importante fue el motivo: al indagar sobre la razón de dicha inclusión se nos informó que obedecía a que

⁴⁶ Este problema ha sido remediado por la reciente modificación al artículo 80 de la Ley de Arrendamientos (16 de enero de 2012).

⁴⁷ Durante las sesiones del grupo de trabajo manifesté que consideraba que ello era un error. Se me contestó que el motivo obedecía a que (a) eran los contratos donde más se preveía; y (b) que era para evitar que un funcionario que no sepa lo que está haciendo, lo pacte en casos que no lo justifican. Contesté que para mi gusto ambos argumentos eran insuficientes. Con respecto al primer argumento, existían muchos otros contratos regidos por la Ley de Arrendamientos que podían justificar la utilización del arbitraje. Al citar algunos ejemplos que me vinieron a la mente (inclusive manifesté que bien podrían haber otros que no se me estuvieran ocurriendo en dicho instante —era mi respuesta inmediata al argumento que por vez primera se me hacía ver—), se me admitió que era cierto. Sin embargo, no se hizo nada. Con respecto al segundo argumento, en mi opinión, ello es paternalista. Además, una ley no puede legislar para el neófito. Debe ser un régimen inteligente, no que suponga una *capitis diminutio* de su destinatario. Así lo manifesté. Tampoco recibí una respuesta.

⁴⁸ Es de admitirse que, aunque la redacción no ayuda, no percibo que la intención legislativa sea reducir el ámbito de conocimiento. (Ello también fue remediado con la modificación del 16 de enero de 2012).

ello era el estado actual de la materia, acorde a la jurisprudencia vigente. Esto fue materia de debate intenso. Muchos de los presentes disintieron sobre la rectitud de la aseveración. Otros admitieron (yo estuve dentro de éstos) que existían algunos casos que así lo sostenían, pero que habían otros que sostenían lo contrario. Más aún, siendo los segundos los más recientes, se observaba una tendencia al paradigma.⁴⁹ Siendo que se consideraba mejor derecho no incluir la restricción,⁵⁰ era de preferirse que no se indicara nada.⁵¹ Sería un paso a favor de la mejor vertiente.

Lamentablemente, no se logró el cambio. Cuando esto fue hecho público, el gremio contestó ásperamente.⁵² En esencia, los motivos fueron los expuestos.

2. Ley de Asociaciones Público-Privadas

La Ley de Asociaciones Público-Privadas («LAPP») es una pieza legislativa de la cual la administración Calderón está orgullosa. Al exponer sus virtudes, expresamente se alude a la utilización del arbitraje y otros mecanismos.⁵³ En buena medida, el régimen es plausible. Sin embargo, existen arrugas que deben ser planchadas. Por ejemplo, su artículo 139 *in fine* dice:

⁴⁹ O por lo menos así podía argumentarse.

⁵⁰ Dejando así la posibilidad abierta para debatir el punto ante tribunales.

⁵¹ Hacerlo cristalizaba en ley lo que parecía que era el paradigma en vías de ser refinado.

⁵² Tanto en foros locales como internacionales lo que más se comentó fue la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa y terminación anticipada; y se hizo en términos negativos. Casi no se comentaron los aspectos positivos. Si bien esto merece la crítica que he hecho antes sobre el maniqueísmo observable en esta materia, también es cierto que reafirmó lo que en grupo de trabajo hicimos ver a quienes insistieron en incluir dicho precepto. Es decir, la comunidad de inversionistas y arbitral nacional e internacional nos dio la razón.

⁵³ Conferencia ante la Cámara Mexicana de la Industria de la Construcción en Los Pinos el 3 de mayo de 2012.

[...]

III. El laudo será obligatorio y firme para ambas partes. En su caso, sólo procederá el juicio de amparo.

No podrá ser materia de arbitraje la revocación de las concesiones y autorizaciones en general, ni los actos de autoridad.

La solución de controversias relacionadas con la validez legal de cualquier acto administrativo sólo podrá dirimirse por los tribunales federales.

Dos problemas son detectados:

1. La oración «En su caso, sólo procederá el juicio de amparo» provoca dudas sobre la procedencia del juicio de amparo.
2. La inarbitrabilidad de los actos de autoridad hace sospechar que se incluyó «por la puerta trasera» la rescisión administrativa y la terminación anticipada, pues podrían considerarse actos de autoridad.

Sobre la primera preocupación, divulgo al lector que el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción fue consultado sobre dicho proyecto de ley. El texto previo decía «sólo procederá el juicio de amparo».⁵⁴ Ello era un doble *foul*: por un lado, sí procede un recurso: el juicio de nulidad.⁵⁵ Por otro, el amparo no procede. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido tan clara como atinada y contundente a este respecto. Al traer la atención sobre esto, dicho texto se cambió. Quienes estuvieron involucrados en esta iniciativa mostraron una enorme apertura sobre el tema y deseo para emitir la ley en los mejores términos posibles.

Es cierto que hubiera sido preferible no incluir la oración «En su caso, sólo procederá el juicio de amparo», pues puede invitar a confu-

⁵⁴ Al respecto, ver GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Arbitraje*. México D.F.: Ed. Porrúa, 2011, 3.ª edición, p. 203.

⁵⁵ Artículo 1457 del Código de Comercio.

sión. También es cierto que sería mejor que en el mundo no hubiera guerras ni hambrunas ni maldad. La realidad no siempre es la utopía que algunos desean (y en base a la cual parecen partir al emitir sus críticas). Lo que se logró fue un *second best*: dejar el punto abierto como una cuestión a ser resuelta por la *lex specialis*: la ley de amparo. (Y siendo que la SCJN ha sido clara en que no procede, la conclusión jurídica es la hipótesis, «en su caso», de que dicha oración nunca se actualiza).

Sobre el segundo punto, aplican las mismas observaciones que he hecho con respecto a rescisión administrativa.

B. El caso Commisa vs. PEP

Resumir los puntos más sobresalientes de este caso es conveniente para los fines de este ensayo. El motivo es que ilustra la problemática abordada.

1. El laudo

El arbitraje CCI número 13613 entre Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. y Pemex-Exploración y Producción («*Commisa vs. PEP*») tuvo como resultado un laudo (diciembre del 2009) que condenó a PEP a pagar a Commisa más de trescientos millones de dólares.

2. El amparo

En forma paralela al arbitraje, Commisa recurrió la rescisión administrativa en amparo.⁵⁶ Mucho puede decirse sobre este paso, particularmente a la luz del derecho de amparo. Dado el objeto de este ensayo,

⁵⁶ Amparo en Revisión n.º RA-123/2006, sentencia de 17 de mayo de 2006 del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en Revisión n.º 1081/2006, sentencia de 23 de junio de 2006 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

sólo mencionaré que el amparo fue negado.⁵⁷ (Aunque sobreseído en primera instancia⁵⁸ y en revisión⁵⁹ fue atraído por la Suprema Corte, misma que decidió no otorgar amparo⁶⁰ turnando el asunto a tribunal colegiado, mismo que negó la protección constitucional).⁶¹

3. La impugnación judicial y la nulidad

Se solicitó la nulidad del laudo *inter alia* en base a que ventilaba cuestiones no arbitrables y violaba el orden público. El juez de nulidad rechazó la solicitud.⁶² Dicha sentencia fue recurrida en amparo, argumentando violación a la garantía de legalidad siendo que el juez de nulidad no anuló, no obstante que se encontraba en presencia de materias no arbitrables y violaciones al orden público. El juez del distrito negó el amparo.⁶³ Se interpuso recurso de revisión. El colegiado anuló.⁶⁴ Al hacerlo, razonó que:⁶⁵

⁵⁷ La historia procesal de este amparo no es tan importante como el hecho de que existió en forma paralela al arbitraje. Los motivos quedarán en manifiesto más adelante.

⁵⁸ El Juzgado Décimo Cuarto del Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal lo negó el 23 de agosto de 2005, al considerar que PEP no era autoridad (expediente n.º 1950/2003).

⁵⁹ Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, sentencia de 17 de mayo de 2006 (Expediente n.º 123/2006). Para ser exactos, fue sobreseído respecto de uno de los considerandos y se salvó la jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación («Suprema Corte»), en otro.

⁶⁰ Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de junio de 2006.

⁶¹ Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, sentencia de 23 de febrero de 2007.

⁶² Juez Quinto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, 24 de junio de 2010.

⁶³ Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, 3 de septiembre de 2010.

⁶⁴ Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 25 de agosto de 2011. (Para ser exactos, emitió una sentencia revocando la sentencia del Juez de Distrito, ordenando que dejara insubsistente la resolución reclamada y, en su lugar, emitiera otra, considerando que el laudo arbitral es nulo).

⁶⁵ Lo expuesto es un resumen. La sentencia del tribunal colegiado tiene poco menos de 500 páginas.

a) Arbitrabilidad. El laudo es nulo por ventilar cuestiones no arbitrables. Dicha determinación descansó en tres premisas:

i) *Actos de autoridad*. No obstante que el acuerdo arbitral contenido en el contrato es amplio, el Tribunal Colegiado determinó que no abarcaba disputas provenientes de rescisiones administrativas, pues éstas son consideradas actos de autoridad. En apoyo a dicho razonamiento se citó una jurisprudencia (por contradicción) de la octava época del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁶⁶

ii) *Jurisdicción exclusiva*. La inarbitrabilidad de la materia deriva de que existe competencia exclusiva de los tribunales administrativos mexicanos para ventilar actos de autoridad (incluyendo rescisiones administrativas).

iii) *Cosa juzgada refleja*. Dado que existía una decisión de un juez competente que determinó que la rescisión era constitucional,⁶⁷ dicha determinación era «cosa juzgada refleja» *vis-à-vis* el tribunal arbitral.⁶⁸ En la medida en que (a) existían determinaciones que involucraron la rescisión⁶⁹ (b) en base a las cuales el tribunal otorgó consecuencias jurídicas,⁷⁰ el tribunal arbitral excedió su mandato al tocar una cuestión no arbitrable.

⁶⁶ Aunque la decisión no descansó en el texto de la Ley de Obras o Ley de Arrendamientos, existió un argumento *a fortiori* consistente en que la no arbitrabilidad de dicha materia era prevista en otras leyes administrativas.

⁶⁷ Los juicios de amparo descritos en la sección III.B.2 anterior.

⁶⁸ La aplicabilidad de la teoría de cosa juzgada refleja entre tribunales judiciales y arbitrales, es un tema nunca antes visto —y erróneo—. He comentado dicho paso en «Orden público en México: del impresionismo al puntillismo jurídico», Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, enero 2012. Y en Revista del Club Español del Arbitraje, 2012, n.º 13, p. 147.

⁶⁹ Particularmente, determinaciones contrarias a lo que el juez competente sostuvo.

⁷⁰ Penas convencionales y daños y perjuicios.

- b) Orden público. El laudo es nulo por ser contrario al orden público en la medida en que los contratos administrativos:
 - i) Están regulados por leyes administrativas y la Constitución Federal; e
 - ii) Involucran necesidades gubernamentales delicadas que no pueden ser valoradas por un tribunal arbitral privado.

Como resultado, la autoridad responsable (el Juez de Distrito) emitió una sentencia declarando nulo el laudo arbitral.

4. La ejecución fuera de México

Ante la nulidad en México, se ha solicitado la ejecución en Nueva York.⁷¹ A la fecha de estas líneas, la decisión del juez neoyorquino estaba pendiente.⁷²

IV. EL PROBLEMA

Expuestos los antecedentes (§II) y el desarrollo que la materia ha tenido (§III), lo ocurrido en el caso *Commisa vs. PEP*, era de predecirse. De hecho, fue predicho. Quienes asesoramos y participamos en el grupo de trabajo de las leyes administrativas,⁷³ hicimos alusión expresa a dicho

⁷¹ Por transparencia, divulgo que soy el experto en derecho mexicano designado por los abogados de Estados Unidos de América que se opusieron a la ejecución. Es con autorización que divulgo lo que aquí he expuesto.

⁷² Esta decisión será de interés en todo el mundo por motivos diversos. Uno porque versa sobre el (interesante y controvertido) tema de la ejecución de un laudo anulado en la sede del arbitraje. Otro porque es la calidad jurídica involucrada: los expertos más reconocidos del mundo están involucrados en ambos lados del debate, seguidos por expertos mexicanos de la más alta envergadura (excluyendo al autor, por supuesto).

⁷³ Descrito en la sección III.A.1 de este ensayo.

peligro.⁷⁴ A su vez, expertos⁷⁵ e instituciones importantes (como CCI México) han hecho ver esta problemática.⁷⁶

Sin duda, *Commisa vs. PEP* atraerá la atención nacional e internacional. De hecho, ya se escucha en los pasillos y tras bambalinas. A su vez, se ha comentado en algunos foros. Algunos llegan al extremo de decir que, mientras no se corrija el problema, no recomendarán a sus clientes usar arbitraje.

Me pregunto si la postura es sostenible en la lógica y la *praxis*. Por principio, supone que hay una mejor opción. ¿La hay? El contencioso-administrativo y el Poder Judicial son ideales para muchos casos; mas no todos. Existe una veta de casos cuyas necesidades son idealmente satisfechas mediante arbitraje, aún con esta problemática (sin que sea motivo para no corregir). Y si la contratación es con extranjeros, canalizarlos a vías locales no disipa su (legítima) preferencia por contar con mecanismos equidistantes a ambas partes. Neutrales. Por ende, creo y postulo que la solución no es erradicar; es refinar, arreglar, dialogar sobre este problema con miras a hacer ver a los actores relevantes que el problema merece solución. Sin el mismo, sus planes de fomentar actividad e inversión en una actividad deseada (por satisfacer necesidades

⁷⁴ Inclusive, algunos pusimos nuestras ideas y protestas por escrito. Véase por ejemplo, «De leyes y embutidos: El arbitraje en materia de obra pública, adquisiciones, arrendamientos y servicios con el sector público», Pauta 61, agosto 2010, p. 164 (visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

⁷⁵ El doctor Herfried Wöss ha analizado el problema en forma interesante en «El orden público, derecho público, cosa juzgada e inarbitrabilidad en contratos públicos en México (la anulación del laudo del Caso ICC n.º 13613/CCO/JRF)».

⁷⁶ CCI México organizó un evento en verano del 2009, donde se hicieron observaciones sobre la modificación a las leyes administrativas en cuestión, por muchos practicantes y expertos. Una crítica que se escuchó con ahínco, fue la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa y terminación anticipada. Fue hecha con tanta energía que disgustó a algunos.

sociales, como la infraestructura) no serán exitosos, o costarán mucho más.⁷⁷

Es éste el ánimo que motiva este ensayo.

Pero hay más que apuntar sobre este caso. A diferencia de otros casos,⁷⁸ lo que dio lugar a la decisión *Commisa vs. PEP*, no es corrupción o ignorancia.⁷⁹ Deriva del trasfondo del derecho administrativo. La *malaise française* descrita en la sección II de este ensayo.

V. UNA SOLUCIÓN: CONTRA LA *MALAISE FRANÇAISE*, EL ANTÍDOTO *ANGLAISE*

Necesitamos poner la casa en orden.⁸⁰ Necesitamos aclarar este régimen. Mientras ello no ocurra, inversiones que nuestro país requiere —no, ansía— serán cursadas a otros mercados. Y las que sí ocurran tendrán

⁷⁷ La consecuencia necesaria de que el riesgo-país incrementará. El mercado de capitales exigirá, al ponderar cursar una inversión a México (incluyendo celebrar contratos con el gobierno), una prima adicional por el riesgo propiciado por dicho paradigma judicial. Si la inversión en cuestión no paga dicha prima, la inversión simplemente no ocurrirá. El motivo: no se justifica financieramente. El capital será atraído por proyectos alternos (probablemente en otros países) —que siempre hay—. Por ende, la consecuencia más palpable detrás de todo este desarrollo es el incremento en la onerosidad de la contratación pública en México. Todos los contratos que celebren entes públicos mexicanos serán más onerosos (hasta que esto se corrija y se publicite su corrección).

⁷⁸ Donde lo que ha prevalecido es ignorancia de lo que en verdad ocurrió (por ejemplo, el caso Infored (para profundizar por qué, véase González de Cossío, «El Caso Infored vs. Grupo Radio Centro: El Quijote mexicano»). Revista del Club Español del Arbitraje, n.º 12/2011, p. 17. Visible también en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

⁷⁹ Esto es importante, pues afecta la solución. La prognosis de la patología debe quedar clara para que la diagnosis sea la correcta. En este caso, la semilla de la decisión es la indicada en la sección II de este ensayo.

⁸⁰ En una conferencia reciente postulé esto con vehemencia. (Véase Conferencia de presentación de libro *Arbitraje*, tercera edición, Universidad Iberoamericana, 23 de febrero de 2012. Visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

lugar a un costo mayor: la consecuencia necesaria de ser una jurisdicción más riesgosa.

No es ninguna noticia que ningún Estado es autárquico en la satisfacción de necesidades y prestación de servicios públicos. Lo que es noticia es el impulso que ello recientemente ha obtenido. Hoy en día se observa nacional e internacionalmente mucha actividad sobre la materia. Un deseo de los entes públicos de hacer más uso del capital y pericia privada para lograr sus fines. De hacer *joint ventures* mediante los cuales se pueda apalancar en capital privado para prestar servicios públicos —máxime las restricciones presupuestarias—. O de beneficiarse de los resultados de la investigación y desarrollo fruto de la inversión privada para brindar las mejores y más modernas opciones a los gobernados. Ello es tan maduro como conveniente. Nadie es experto en todo. Nadie tiene recursos ilimitados. Ante ello, hacer asociaciones público-privadas⁸¹ es astuto —además de conveniente—. ⁸²

Esclarecido el «fin», el arbitraje es un «medio». Cuando la iniciativa privada contrata, necesita y pide «certeza» con miras a aquilatar correctamente riesgos. El motivo es fácil de entender: cuando un particular contrata con un gobierno, conlleva una inversión. Y «el costo más importante de toda inversión es el riesgo». Una manera de reducir y manejar dicho costo, es mediante la redacción de contratos detallados,

⁸¹ O, en general, contratar con la iniciativa privada para llevar a cabo actividad gubernamental.

⁸² Y así ocurre mundialmente en temas diversos, como prisiones, materia energética, desechos y residuos peligrosos, etc. (Para abundar, ver ,por ejemplo, el estudio elaborado por *The Economist*: «Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe: Infrascopes 2010», *The Economist Intelligence Unit*, octubre 2010). En México se ha observado en materias como agua potable, alcantarillado, saneamiento, residuos sólidos, infraestructura hidráulica, operación de rellenos sanitarios, autopistas, puentes, hospitales y rellenos sanitarios. [Existen programas importantes que lo fomentan, por ejemplo, el Programa de Modernización de Organismos Operadores de Agua (Promagua), el Programa de Residuos Sólidos Municipales (Proresol) y proyectos apoyados por Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C. (Banobras)].

sofisticados, que contemplen mecanismos que se cercioren de que el contrato significa lo que dice. El mecanismo más aceptado que logra dicho propósito es el arbitraje.⁸³

El arbitraje es un mecanismo de credibilidad. Una manera de asegurar que un contrato significa lo que dice. Si se observan las exposiciones de motivos de las legislaciones que han contemplado el arbitraje, todas hablan en unísono: el arbitraje es deseable en la medida en que fomenta la actividad objeto de dicha *lex specialis*. La aseveración descansa no sólo en lo que dicen los documentos relacionados con dichas iniciativas o debates. También encuentra fundamento en la experiencia de quienes hemos vivido su génesis. Las autoridades se han percatado y convencido de que la existencia del arbitraje fomenta la actividad, pues da tranquilidad a los inversionistas. Por ello, si el objetivo de dicho régimen es incentivar una actividad considerada socialmente deseable, el arbitraje es un aliado.

Es más, iría un paso más lejos y afirmarí que el arbitraje es consistente con el artículo 134 de nuestra Constitución Federal. En la medida en que brinda un mecanismo sofisticado y confiable, reduce «riesgo». Siendo el riesgo uno de los costos más serios de la contratación gubernamental, el mecanismo que lo aminora logra el propósito de «eficiencia», así como ayudar a «asegurar las mejores condiciones en el manejo de los recursos públicos», dictado por dicha norma constitucional. Siendo un instrumento que da credibilidad, logra el cometido de «eficacia» del precepto constitucional.

Pero ello requiere planchar la arruga conceptual que a la fecha existe en materia de contratos administrativos, y que ha sido detallada en este ensayo.⁸⁴

⁸³ Un porcentaje importante de los casos en los que he actuado como árbitro ha involucrado contratos administrativos. Ello me ha dado la oportunidad no sólo de reflexionar con detenimiento este problema, sino vivirlo empíricamente.

⁸⁴ Sección III.A.

Expuesta la necesidad, la pregunta es obligada: ¿cómo? Siendo que la raíz del problema está asentada en la teoría decimonónica del contrato administrativo, ¿cómo corregir algo que proviene de una teoría profundamente enraizada en nuestro sistema jurídico?

En forma interesante, tenemos un problema «serio» con una solución «fácil», que resumiré con el siguiente eufemismo: el remedio a la *malaise française* es el antídoto *anglaise*: un contrato entre un ente privado y un ente público se rige en su génesis por el derecho administrativo.⁸⁵ Pero ya concluido, es un contrato como cualquier otro. El régimen contractual es igual para ambas partes.⁸⁶

Se trata de un cambio epistemológico que requiere de poco cambio legislativo. Irónicamente, una solución fácil a un problema difícil. Y es defendible en lo conceptual: no sería la primera materia, en la cual se acepta la teoría de la doble personalidad del Estado: si bien soberano, cuando acude al mercado —cuando contrata— se le tratará como cualquier otro agente económico.⁸⁷

⁸⁵ De allí que se diga que en Reino Unido no hay *droit administratif* —como lo presumía el Profesor Dicey hace cien años—.

⁸⁶ Una pregunta obligada surge ¿qué hacer de la diferencia entre los contratos que ha —durante más de un siglo— justificado el que exista el régimen exorbitante: los (diversos) intereses en juego? Respondería que ello es saciado con las excepciones (y régimen en general) del derecho contractual. Son eficientes y suficientes para abordar la problemática que viven los entes públicos. No olvidemos la riqueza del derecho de las obligaciones.

⁸⁷ Recientemente dos amparos hicieron eco de esta teoría: el Amparo en Revisión n.º RA-123/2006 (sentencia de 17 de mayo de 2006 del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito) y el Amparo en Revisión n.º 1081/2006 (sentencia de 23 de junio de 2006 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación). En palabras del colegiado (citando lo razonado por el Juez de Distrito cuya sentencia analizaba «[...] el Estado, a la vez, es persona de derecho público, en donde asume las funciones de autoridad, es también una persona moral oficial de derecho privado, en tanto que es depositario, administrador o representante de los intereses económicos que constituyen el patrimonio de la Nación, y con este carácter puede entrar en relaciones laborales, contractuales

Si seguimos dicho ejemplo algún día algún comentador podrá decir sobre nosotros, lo que un tratadista dice sobre una de las jurisdicciones más avanzadas del mundo en esta materia:⁸⁸

It is extremely rare for disputes arising out of the performance of government contracts to be subject to litigation. Such disputes are usually resolved by informal negotiation between the government and the contractor or, if this does not succeed, by arbitration. An important reason for this is that the relationship between government and its contractors is often more in the nature of a long-term cooperative venture for mutual advantage than a one-off commercial deal.

y civiles con los particulares en un plano de clara coordinación y no de *supra* a subordinación; por lo que sus actos quedan comprendidos dentro de aquéllos que cualquier gobernado ejecuta, ya que en tales relaciones el Estado también queda sometido a las prevenciones del derecho laboral y civil como cualquier otro particular; por consiguiente, congruente con la doble personalidad del Estado [...] sólo podrá legalmente ser considerado como acto de autoridad para los efectos del amparo, aquél que ejecute un órgano o funcionario del Estado, actuando con el imperio y potestad que le otorga su investidura pública, es decir, cuando el acto tenga su origen en relación directa con la función pública y el cargo que desempeña, en el plano que dentro del derecho administrativo se conoce como de *supra* a subordinación». (Amparo en Revisión n.º RA-123/2006, pp. 18-19).

⁸⁸ CANE, *Ob. cit.*, pp. 233-234.

LA SITUACIÓN DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ

*Ricardo Salazar Chávez**

En el ámbito de los contratos públicos es importante destacar que en el Perú se está llegando a un consenso sobre cómo entender este escenario de los contratos; y, lógicamente, esto va a ayudar mucho al arbitraje porque va a dar un preferente claro de lo que se debe tomar en cuenta cuando se aborda un tema de un conflicto en el ámbito del arbitraje. En ese sentido, se muestran los ejes con los cuales se ha construido el sistema contractual en el Perú y cuáles son las ideas que hay que tener en cuenta en esta materia.

La primera es que el ámbito de los contratos públicos, en realidad, es un área muy sistemática, en que diferentes temas, aparentemente, conexos, están completamente vinculados y que van afectando los unos a los otros. En tal sentido, tener una estrategia integral de desarrollo del sistema, es fundamental en todo país; normalmente enfatizamos el tema de tiempos, enfatizamos el tema de los plazos, enfatizamos cualquier otro aspecto colateral o menor, pero no estamos viendo muchas veces el sistema en su conjunto.

* Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú; con Máster en Contratación Pública, otorgado por la Universidad de Castilla-La Mancha, España; con estudios concluidos de Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tiene veinticuatro años de experiencia profesional, especialmente dentro del área de derecho público, con énfasis en derecho administrativo, en general, y contratación pública. Asimismo, ha obtenido el grado de Mayor EP de Reserva, arma Artillería, en el II Curso de Reserva organizado por el Ejército del Perú.

En consecuencia, una primera lección que tenemos, es que este tema tiene que ser abordado siempre de manera absolutamente integral sin descuidar ninguno de los múltiples temas que están presentes y que todo el tiempo están afectando al sistema para bien, o a veces, para mal. De esto se deriva, esencialmente, la necesidad de tener ciertas perspectivas complementarias, sea cuando se formula las políticas de Estado, en general, sea cuando se estructura un sistema contractual específico como está haciéndose hoy por el mismo OSCE, o cuando se trabaja a nivel de cada entidad, de cada proveedor, cuando uno mismo que sabe que está en el ámbito de las contrataciones públicas, necesita abordar esta materia y comprenderla y debe ser consciente de que es un área que exige la presencia de varias disciplinas de manera común; las mínimas.

La perspectiva jurídica, la logística, la económica, la ecológica, la política. En ese sentido, también al momento de trabajar cualquiera de los temas en esta materia, sabe que tiene que ser consciente de que es necesario complementar los recursos con otras profesiones, que además tiene sus tareas, por ejemplo.

Para los abogados, es importante manejar los complejos esenciales, conocer muy bien los procedimientos, y últimamente, entrenarlos mucho en contratación electrónica porque eso es lo que se vive con absoluta fuerza, y también ha sido anunciado frecuentemente por el OSCE.

Los logísticos tienen que trabajar mucho en la formación de estrategias en materia de contratación pública, pero se necesita más que estrategias; la tecnificación de los procesos; asumirla con responsabilidad permanente y la integración de los sistemas administrativos, porque la contratación pública, necesariamente, está vinculada a otros sistemas, y para que haya fluidez en todo el proceso contractual, necesariamente, otros sistemas deben estar debidamente ensamblados. Desde el punto de vista económico, faltan más estudios detallados, sobre, por ejemplo, cuál es el impacto de la contratación pública en el desarrollo de las Mypes de Cusco, temas así de enfocados tienen que tratarse, ya porque

existe información suficiente para ello y ayudaría mucho en la toma de decisiones, tanto en las estrategias generales como locales.

Desde el punto de vista tecnológico, seguir trabajando en la revisión de procesos; incentivar; más el aprovechamiento de la tecnología de información y recrear periódicamente las estrategias de implantación progresiva de los temas de contratación pública. En el ámbito político, mantener el grado de continuidad en la voluntad política de estar en favor de la eficiencia y transparencia de los contratos públicos. Asimismo, la aplicación de la justicia distributiva en una realidad tan diversa como la nuestra, para que la normativa siempre permita el acceso efectivo de los diferentes grupos económicos que existe, sean éstos grandes, medianos o pequeños; nacionales o extranjeros. Asimismo, abrir espacios claros a la participación ciudadana que permite, tanto el control social como las iniciativas que pueden salir desde la misma comunidad.

Entonces, el escenario de los contratos públicos exige ese tipo de aproximación y nos lleva a un ámbito en el cual participan diversidad de actores con diferentes intereses, y todos éstos presionan sobre el sistema, lo que nos lleva a la necesidad de una estrategia que aborde desarrollos doctrinarios, vinculaciones de oferta y demanda, búsqueda de equidad de acceso a los proveedores, repartición de liderazgo y responsabilidades; la vocación de tener un régimen normativo único; la reafirmación del contrato público como instrumento de desarrollo; la participación de la comunidad; la evaluación periódica de las normas y de las prácticas y procesos; la participación de la integración internacional porque es un tema obligado de los escenarios de vinculación internacional y el desarrollo de la cultura de transparencia. Una estrategia que tenga que ver con todos estos aspectos, beneficiará, efectivamente, al sistema.

El nacimiento de los contratos de Estado desde el Estado, parte de la necesidad que éste tiene de vincularse con terceros para recibir su colaboración, y lo hace a través de un acuerdo de voluntades con efecto patrimonial; por lo tanto, desde la perspectiva del Estado, en realidad, implica para él, el ejercicio de poder, por lo tanto, aquí está presente la

función administrativa, manifestándose para efectos de lograr esta vinculación con un tercero, puede ser un privado u otra entidad pública que también ejercería poder, entonces, desde la perspectiva del Estado, el punto de partida es que estamos ante una forma de manifestación de la función administrativa del poder que tiene como figura jurídica al contrato de la administración pública y se seguirá para el efecto, los procedimientos de contratación administrativa. Y esto va a generar todo un conjunto de relaciones que desembocan en lo que es la relación central entre las entidades públicas y sus contratistas.

Es una relación entre alguien que ejerce poder con alguien que expresa su voluntad, puede ser un privado o una entidad pública que también ejerce poder con la entidad pública que también ejerce poder. Ése es, finalmente, el escenario dentro del cual se desarrolla la relación pública, estructurar un sistema contractual en el que ambas partes se beneficien, implica relacionar con acierto el poder con la libertad, interés colectivo o interés privado o dos intereses colectivos, y quizás ése es el reto mayor que tiene un sistema contractual, porque dibujar el escenario de los contratos públicos, pasa necesariamente por saber cómo voy a fijar ese centro para que sea equilibrada esa relación; ése es el reto constante que tiene el sistema contractual.

Esto ha llevado, entonces, a entender que cuando hay un contrato público, finalmente, estamos ante un acuerdo de partes de efecto jurídico patrimonial en el que, por lo menos, una de ellas es una entidad de la administración pública.

Esto lleva a dos temas. Que estamos ante un escenario en donde está presente la finalidad de la institución pública, necesariamente, lo que ha sucedido en el tiempo es que, inicialmente, ese escenario llevaba a que el Estado siempre tenga una prerrogativa permanente a su favor, y se entendía antes como algo, absolutamente, necesario, que siempre el Estado pudiera resolver en cualquier momento el contrato sin mayor responsabilidad. En la actualidad, eso ha cambiado y en nuestro medio lo

que tenemos es también una moderación del tema, una autolimitación del Estado; y, no obstante, que esté subyaciendo esa posibilidad de que, en caso extremo, el interés colectivo prevalecerá sobre el interés privado.

Lo cierto es que se ha creado un conjunto de mecanismos de compensación y un conjunto de mecanismos de moderación que hacen que, en realidad, en estos momentos no sea determinante para rescindir un contrato público donde el Estado tenga prerrogativas, porque en algunos casos, efectivamente, las tiene, pero en otros casos se ha limitado a no tenerlas, y en otros, en determinadas circunstancias las podrá tener, eso ha llevado a que prospere el concepto unitario de definición de contrato público, que es hoy el que más se acepta en el caso peruano, ya que estamos ante un acuerdo de dos o más partes con efecto patrimonial, en el cual, una de ellas es una entidad pública.

Existe un amparo constitucional a nuestro régimen contractual y la Constitución Política va a ser el punto de partida para que los vínculos contractuales de la administración pública se desarrollen, y eso hace que se desarrolle un conjunto de capas de fuentes de contratación administrativa que parten de la Constitución, las normas con naturaleza de ley, las normas con naturaleza reglamentaria, jurisprudencia, precedentes administrativos, de entidades administrativas, pronunciamientos vinculantes de entidades como el OSCE, en algunos casos, principios del derecho administrativo y principios de la contratación pública, en particular, sin perjuicio de la aplicación de los insertos que, necesariamente, tienen que haber de otros órdenes normativos, como por ejemplo, cuando el privado al manifestar su voluntad, aplica estrictamente el derecho privado, pero en otros aspectos, en un escenario en donde lo público tiene una alta presencia, esto se va complementando con ciertos principios. Algunos de ellos expresados en nuestro medio, y otros que no están legados, en cuanto se puedan aplicar y existan.

Lo que lleva a trabajar muy bien las precedencias en las normas, y la precedencia son principios que se aplican cuando se acciona en el

ámbito del derecho público, si no se encontrara nada en la Ley de Contrataciones, específicamente en el derecho contractual administrativo, tendríamos que recurrir al derecho administrativo, y aquello que sea compatible, se aplicará si no se encuentra nada.

Eventualmente, existe algún aspecto en el derecho penal, por ejemplo, en materia sancionadora que serviría para aplicar en el ámbito público, y se tendría que tamizar un poco para que sea compatible. Agotada esa zona, irá al derecho público, y cuando ya no encuentre nada ahí, definitivamente, tendremos que ir al derecho privado y al derecho social, a fin de acoger aquello que me pueda circundar, pero previamente evaluando la compatibilidad, es que aplicaremos la norma o principio correspondiente.

Esto último no descarta que en alguno de los casos se aplican las normas de derecho privado directamente, porque lo exige así el tema mismo, ya que está involucrado, pero en el escenario, en general, obedece a esta lógica. En principio, esto es muy importante, teniendo en cuenta la legislación que así lo recoge en el caso peruano, y así incluso, en principio, que los árbitros están obligados a aplicar ese razonamiento, sin perjuicio de una excepción que la ley señala «cuando el árbitro puede apartar o necesite apartarse, con fundamento lo puede realizar». No se descarta esa oportunidad, pero existe una lógica de base que está en nuestro sistema.

Existe una regla esencial en el sistema en cuanto a la formación de contratos. Hay una línea divisoria entre el Estado y los proveedores; la entidad siempre es la que determina necesidad, valor referencial, las condiciones de financiamiento, las condiciones, en general, del contrato; y con ello invitan a ofertar en donde los proveedores ofertarán, y serán evaluados. Luego de esto existirá un ganador al que se le adjudicará la buena pro. Pero, esa línea divisoria existe, por lo tanto, la libre negociación está prohibida. Hay espacios muy cortos en la libre negociación, pero en general, la lógica contractual pública no permite

en nuestro medio la libre negociación, sino que prevalecen ciertas formalidades exigibles, en razón a que está en el tenor de fondo. Por una opción doctrinaria y originaria hay esa línea divisoria entre el Estado y los proveedores.

El procedimiento contractual público tiene un itinerario que, como toda formación de una figura jurídica administrativa, comprenderá sus actuaciones y la forma jurídica específica a este criterio también obedece a que en el contrato en la administración pública, hemos distinguido en la legislación peruana, tres fases en esos actos.

Algunos son los actos preparatorios, procedimiento de selección y los otros los de ejecución contractual y liquidación. Todas estas actuaciones obedecen a uno de los cuatro principios básicos:

1. Que avance la contratación;
2. Proteger al proveedor;
3. Proteger a la entidad que contrata; y
4. Proteger a todo el sistema.

Por lo tanto, los componentes del sistema contractual tienen esos propósitos específicos, pero están agrupados en nuestro medio en estas tres fases. El asunto, si lo vemos con más detalle, es mucho más complejo aún en la ley. Estamos hablando de un gran procedimiento, en el cual hay muchos otros procedimientos específicos al interior de él; por eso, para los árbitros es muy importante tener en cuenta ante qué figura específica están, cuando se está designando al comité especial, qué figura es, cuando se está yendo a la convocatoria, qué figura es, cuando se está adjudicando la buena pro, qué figura es, los incumplimientos también qué figuras son; es decir, por cada una de ellas nos lleva a un orden específico de carácter informativo determinado; en consecuencia, es conveniente profundizar siempre y estar al tanto de qué tipo de figuras están involucradas en la formación de los contratos públicos.

Hay un mínimo no negociable respecto a precedencias en los instrumentos que forman un contrato, en los cuales están la Constitución, la ley, el reglamento, las bases, la oferta ganadora y el texto del contrato. Es muy importante destacar y resaltar que el texto del contrato solamente es el beneficiario de lo que se ha formado en los pasos anteriores; por lo tanto, uno no puede esperar que en el texto del contrato esté todo previsto. Lo ideal es que lo esté; sin embargo, intervienen también la determinación, las obligaciones de las partes, la oferta ganadora, las bases, el reglamento, la ley y la Constitución.

Pero, hay una lógica importante, el texto del contrato. No pueden violar a la oferta ganadora, ambos no pueden violar a las bases, ambos no pueden violar ni al reglamento, ni, lógicamente, a la Constitución. Por eso es que es muy importante —y no nos sorprende— que en muchos casos sea el tribunal de contrataciones o los árbitros los que detecten esas condiciones, e incluso se declare la nulidad del contrato en sí. En consecuencia, es una lógica que es exigible en el ámbito de los contratos públicos; que es un error, a veces, privilegiar el texto del contrato respecto de las bases.

En el Estado peruano existe una materia muy amplia de negocios en cuanto a la actividad. Hay procesos grandes que en número son, más o menos, un 10% del monto contractual en el Perú. Los procesos menores son cerca de 30%, en cuanto al monto económico; y cerca del 70% tiene un diferenciado en cuanto al perfil de profesionales de quienes tienen que llevar esto adelante.

Las Mypes tienen una participación aproximada del 40%, pero no llegan ni al 10% de las Mypes que participan en los contratos públicos. Nuestro sistema contractual tiene este esquema; un régimen general con sus tres fases, y regímenes paralelos. En los regímenes paralelos, existen organismos internacionales que piden aplicar sus normas o se da la política del encargo a organismos internacionales, así como también

existen casos de situaciones de emergencia, pero el régimen general cubre gran parte de los contratos públicos.

Las tareas que tenemos en el Perú son incrementar las fichas en subasta inversa. Estamos en cerca de 1500 y 2000, y deberíamos tener 45,000, e incrementar también inferencias en el convenio marco que tenemos. Ahora, un promedio de 600 y deberíamos tener 70,000 productos vendidos. Por lo tanto, tenemos un dato muy importante por desarrollar, sin perjuicio de disminuir los regímenes paralelos para que las mejores experiencias sean incrementadas al régimen general.

La contratación electrónica es un tema dado, por lo que hay que estar preparándose y participando en el entrenamiento de esta materia. Hay una reafirmación del OSCE en esta materia; y, por tanto, la continuidad de lo que se inició hace unos años, es apostar a la tecnología de contratación. Esto es lo que va a producirse en menos tiempo; por lo tanto, será el escenario natural en el cual se desarrolle la contratación electrónica e incluso la solución de controversia que se prevé que se realice por vía electrónica, arbitraje por vía electrónica y el tribunal actuando, por vía electrónica y cuando se tenga condiciones, se hará.

Finalmente, en el ámbito de solución de controversias debemos ser conscientes de lo siguiente. En cualquiera de las fases de la contratación, se puede estar encubando un conflicto; muchos de ellos ya vienen cantados desde la primera fase; ya sea por motivos de bases mal elaboradas, estudios de mercado mal hechos o al momento de la evaluación, etc., puede ocurrir la generación de un conflicto; por lo tanto, quien es árbitro, tiene que ser consciente de que debe analizar también la historia de ese contrato específico para saber dónde puede haberse encubado este conflicto, y poder tener mejor solución. Debemos resaltar que en el ámbito de solución de controversias, además de la vía administrativa, tenemos la conciliación y el arbitraje.

Lamentablemente, la conciliación ha tenido un buen impacto en la sociedad porque siempre tiene que ceder posiciones, y cuando cedes desde el lado del Estado, siempre llegas a un cierto grado de sospecha. Eso ha generado serios problemas a la conciliación. Donde sí tenemos un mayor grado de desarrollo, es en el arbitraje

LOS *DISPUTE BOARDS* O PANELES TÉCNICOS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN

Juan Eduardo Figueroa Valdés*

Sumario: 1. Introducción.— 2. Qué son los *dispute boards* o paneles técnicos de expertos.— 3. Tipos de *dispute boards* o paneles técnicos.— 4. Reglamentos internacionales.— 4.1. Banco Mundial.— 4.2. Fidic.— 4.3. Cámara Internacional de Comercio de París.— 5. Constitución de los *dispute boards* o paneles técnicos.— 6. Funcionamiento de los *dispute boards* o paneles técnicos.— 7. Las decisiones de los *dispute boards* o paneles técnicos.— 8. Ejecución de las decisiones de los *dispute boards*.— 9. Remuneración de los *dispute boards*.— 10. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La industria de la construcción es especialmente prolífica en las disputas, siendo muchas las razones para ello. Así, por ejemplo, son pocos los proyectos de construcción que se ejecutan conforme a lo planificado, siendo sus modificaciones una práctica habitual; si el constructor tiene derecho a pagos adicionales por cambios durante el desarrollo de la obra, es usual que sea un motivo de conflictos que tensiona la relación

* Licenciado por la Universidad de Chile. Maestro por la Universidad de Heidelberg. *Fellow Chartered Institute of Arbitrators*. Árbitro ICDR, árbitro Cámara Brasil-Canadá, árbitro Cámara de Comercio de Santiago. Socio Figueroa, Illanes, Huidobro y Salamanca. Ha actuado como *Dispute Boards* en diversos contratos de construcción de obras mineras en Chile. Reconocido por *Chambers and Partners* como abogado destacado en Chile en el área inmobiliaria (jef@fihsabogados.cl).

entre el mandante y el contratista; igualmente los plazos de ejecución de los proyectos son regularmente insuficientes y los retrasos ocasionan la aplicación de severas multas.¹

Existe una creciente percepción en los negocios internacionales, especialmente en la industria de la construcción, y en la comunidad legal que, al menos dos de los beneficios del arbitraje, como mecanismo de resolución de controversias (esto es, el tiempo de duración y el costo) frente a la litigación, se han visto erosionados, hasta el punto de que nuevas soluciones resultan necesarias.

Como consecuencia de lo anterior, en los proyectos de construcción es importante que las partes puedan contar con métodos para obtener resoluciones obligatorias para resolver sus diferencias sobre bases provisionales, de modo que la ejecución del proyecto pueda continuar, mientras las partes esperan el resultado de un proceso arbitral o de litigación.

Por otro lado, dentro de las preocupaciones se encuentran aquéllas de poder contar con los elementos probatorios adecuados, que éstos no sean destruidos o no se encuentren disponibles para una inspección o verificación posterior, lo cual resulta muchas veces difícil de poder cumplir para una instancia posterior de arbitraje o litigación. Así, por ejemplo, si se trata de materiales defectuosos u obras mal ejecutadas o que no cumplen con las especificaciones técnicas, es difícil determinarlo en una etapa posterior, si ello ha sido incorporado en el producto final.²

La solución a ello ha sido dada por los *Dispute Boards*, conocidos en español como «paneles técnicos de expertos», o simplemente «paneles técnicos». Es usual que en los proyectos de construcción internacionales se contenga en los contratos, estipulaciones que consagran dicho

¹ HARBST, R. & MAHNKEN. ICC Dispute Boards Rules: The Civil Law *Perspective*, 72 Arb., 2006, p. 310.

² ARKIN, H. «Pre-Arbitration Dispute Resolution: What is it, Where is it and Why?». 21 Int'l Business Lawyer, September 1993, p. 374.

mecanismo, como instancia prearbitral. Así, por ejemplo, existen numerosos importantes proyectos en que los *Dispute Boards* han sido empleados; a saber: el Aeropuerto de Hong Kong; el proyecto hidroeléctrico de Ertan en China; el proyecto del Túnel para el tren bajo el Canal de la Mancha en Gran Bretaña; el túnel de Eisenhower en Colorado, Estados Unidos de América; la autopista de *Mount Baker Ridge* en Washington; el túnel de *Chambers Creek* en Washington, el proyecto de la Central Hidroeléctrica El Cajón, en Honduras.

En forma más reciente, en los mediados de los años noventa, el mecanismo de los paneles técnicos también ha sido incorporado en los Estados Unidos de América, en otro tipo de obras de construcción, por ejemplo autopistas, edificios públicos, y otras tales como *American Telephone & Telegraph*, *The Hawaiian Department of Transportation* y el Fondo Monetario Internacional.³

2. QUÉ SON LOS *DISPUTE BOARDS* O PANELES TÉCNICOS DE EXPERTOS

Los *Dispute Boards* o paneles técnicos de expertos son órganos establecidos para solucionar disputas contractuales, tan pronto ellas se producen. Ellos, usualmente, se constituyen tan pronto se firma el contrato, y están formados, generalmente, por uno o tres miembros familiarizados con las partes, el contrato y su ejecución.

Los términos *Dispute Boards* y *Dispute Review Boards* pueden tener distintos significados para las partes de diferentes sistemas jurídicos o jurisdicciones. Por ello es importante comprender el efecto que la decisión del panel tendrá en las partes. Tal como veremos a continuación, las determinaciones de los *Dispute Boards*, pueden ser decisiones obligatorias, provisionalmente, para las partes, tal como acontece en

³ JENKINS, J. and S. STEBBINGS. *International Construction Arbitration Law*. La Haya: *Kluwer Law International*, 2006, p. 66.

los contratos tipo Fidic,⁴ el Banco Mundial y los *Dispute Adjudication Boards*, creados conforme a las reglas de la Cámara Internacional de Comercio de París o, por el contrario, pueden emitir recomendaciones no obligatorias, tal como es habitual en los Estados Unidos de América y en los *dispute review boards*, creados de acuerdo con las reglas dadas por la ICC.

Las características más comunes de los *Dispute Boards* en los contratos internacionales de construcción, son los siguientes: i) el panel lo conforman tres miembros, en que cada parte elige a un miembro, y las partes, previa consulta, con los miembros elegidos, seleccionan al tercer integrante, el que actuará como presidente del panel. Algunas veces se nombra un panel de un solo miembro; ii) la exigencia de que los miembros del panel deben ser y mantenerse independientes e imparciales frente a las partes. Ellos no son abogados ni representantes de las partes; iii) deben implementarse al inicio del contrato, para asegurarse de que ellos se familiaricen con el proyecto desde su inicio, de modo que no necesitan un tiempo extra para interiorizarse de la obra cuando una controversia se presenta; iv) la exigencia de que los integrantes del panel se mantengan permanentemente informados de los avances y progresos del proyecto en cuestión, correspondiéndoles un rol activo; por ejemplo, haciendo visitas frecuentes al sitio o lugar donde se ejecuta el proyecto, requiriendo la entrega a las partes, de documentos, consultando a testigos o a los representantes de las partes, y leyendo los informes de avances de obra y anotaciones del libro de obras aportadas por las partes.

La libertad que tienen los miembros del panel, en cuanto a los procedimientos que ellos adoptan y el uso de su experiencia, constituye una de las diferencias más significativas frente al arbitraje; v) la confidencialidad de las discusiones de los paneles frente a cualquiera que no sea parte en el contrato o frente a un procedimiento arbitral o judicial; vi) la exigencia de que los paneles deben evacuar sus decisiones dentro

⁴ Fidic, son las siglas en francés de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, cuya Secretaría funciona en Ginebra, Suiza (www.fidic.org).

de períodos cortos de tiempo, frecuentemente dentro de los tres meses, a contar de la fecha que la disputa se somete a su decisión; vii) Las decisiones que toman los *Dispute Boards* son provisionalmente obligatorias, en el caso de los *Adjudication Boards*, o recomendaciones en el caso de los *Review Boards*.⁵

3. TIPOS DE *DISPUTE BOARDS* O PANELES TÉCNICOS DE EXPERTOS

De acuerdo con la Cámara Internacional de Comercio, en adelante, ICC, cuyas reglas se analizarán más adelante, los *Dispute Boards* ofrecen tres tipos de paneles diferentes a las partes; esto es, los *Dispute Review Boards* (DRB), los *Dispute Adjudication Boards* (DAB) and *Combined Dispute Boards* (CDB). La ICC ofrece a las partes una cláusula estándar, según el tipo de panel que se desee ocupar, para ser incorporada en el contrato.⁶

i) DRB

Los DRB sólo emiten «recomendaciones», que no son obligatorias para las partes en relación a cualquier disputa. Las partes pueden rechazar la recomendación dentro de los treinta días, mediante la notificación de una nota. En tal sentido, en ese, caso el agraviado puede iniciar un procedimiento arbitral. Por el contrario, si las partes no manifiestan su rechazo dentro de treinta días, la recomendación pasa a ser obligatoria para las partes.⁷

ii) DAB

Mientras los DRB sólo emiten recomendaciones, los DAB emiten «decisiones», que las partes pueden objetar. Al efecto, una parte puede

⁵ JENKINS, J. and S. STEBBINGS. *Ob. cit.*, p. 67.

⁶ Al respecto, puede consultarse: www.iccwbo.org.

⁷ Artículo 4 del Reglamento sobre *Dispute Boards* de la ICC.

expresar su rechazo mediante la notificación. En tal sentido, dentro de treinta días de emitida la decisión, en ese caso la decisión de viene en provisionalmente obligatoria, ya que el asunto deberá ser finalmente determinado por arbitraje.⁸ Desde la perspectiva de la parte que persigue el cumplimiento de un contrato y el pago de las obligaciones contractuales, los DABs constituyen un instrumento contractual poderoso para lograr dicho objetivo. La parte que tiene que pagar tendrá sólo la opción para dejar sin efecto el pago mediante un arbitraje o un proceso judicial (*pay now, argue later*).⁹

iii) CDB

Los CDBs constituyen un híbrido entre los DRBs y los DABs. Ellos, usualmente, emiten recomendaciones en relación a cualquier diferencia sometida a su resolución; sin embargo, ellos pueden emitir decisiones obligatorias si, por ejemplo, una parte requiere al panel una decisión y la otra parte no la objeta.¹⁰ Sin embargo, si esta última objeta la decisión, el panel técnico tendrá la facultad discrecional para emitir una recomendación o una decisión obligatoria. Generalmente, el panel considerará diversos aspectos para optar por una u otra; a saber, la urgencia de la situación; si la disputa puede producir un quiebre grave en el contrato; si es necesario la decisión para preservar una prueba o evidencia que, posteriormente, será difícil de reconstituir, etc.

4. REGLAMENTOS INSTITUCIONALES

Con el objeto de tener una visión global, resulta útil revisar los reglamentos que han sido creados por las instituciones que contemplan el uso de los DBs, y que ofrecen dicho sistema de solución prearbitral de controversias; y, en particular, el *Dispute Board* del Banco Mundial; el

⁸ Artículo 5 del Reglamento sobre *Dispute Boards* de la ICC.

⁹ HARBST, R. & MAHNKEN. *Ob. cit.*, p. 312.

¹⁰ Artículo 6 de las reglas sobre *Dispute Boards* de la ICC.

Dispute Adjudication Board de Fidic; los *Dispute Boards* de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) y los *Dispute Boards* de la Cámara de Comercio Internacional (CCI); que pasaremos a analizar:

4.1. Dispute Boards del Banco Mundial

El Banco Mundial publicó en el año 1995, una edición revisada de un contrato estándar para la construcción de obras, conocida por su sigla en inglés, SBDW,¹¹ que corresponde a una versión tipo obligatoria de contrato que debe ser empleada en cualquier contrato de obra civil importante que financie el Banco Mundial.

Fue la primera oportunidad en que el uso de los DRBs fue incorporado a proyectos de obra internacionales. Mediante una modificación a dicho contrato estándar, se estableció el uso obligatorio de los *Dispute Review Boards* de tres miembros para la resolución de disputas en una primera instancia para contratos, a partir de USD 50 millones. Para contratos inferiores a USD 50 millones, las partes tienen la opción de emplear un DRB de uno o tres miembros o una sola persona que actúe como *Dispute Review Expert* (DRE) o un ingeniero independiente de las partes.

Posteriormente, en el mes de mayo del año 2000, se hizo una nueva modificación al SBDW, conforme a la cual las recomendaciones de los DRBs o del DRE, pasan a ser obligatorias, pudiendo ser revisadas en la instancia de un arbitraje. Adicionalmente, la opción de emplear un ingeniero independiente para resolver las disputas contractuales fue eliminada.

La versión, actualmente, vigente de los DRB o de los DRE fue publicada en mayo del 2005, y uno de sus cambios más relevantes fue el reemplazo de los términos DRB y DRE por *Dispute Boards* (DBs);

¹¹ *Standard Bidding Documents - Procurement of Works* (SBDW).

la eliminación del requerimiento obligatorio de un panel de tres miembros para contratos a partir de USD 50 millones; se entrega a las partes la decisión de constituir un panel de un miembro o de tres miembros. Sólo en ausencia de una estipulación contractual al respecto, se entiende que el panel estará constituido por tres miembros.

4.2. Dispute Adjudication Boards de la Fidic

La Fidic introdujo en el año 1995, por primera vez el concepto de *Dispute Boards* a sus contratos para los proyectos de diseños y obras de infraestructura, en el conocido *Orange Book*. Posteriormente, el empleo de los *Dispute Boards*, se fue extendiendo para otro tipo de contratos, esto es, al *Red Book* en el año 1996, y al *Yellow Book* en el año 1997, para las obras de construcción civil y para el diseño y construcción de las obras públicas, respectivamente.

Hasta antes de la publicación del *Orange Book*, el primer medio para resolver las disputas entre el mandante y el constructor bajo el sistema contractual de Fidic fue mediante un ingeniero, el cual era remunerado por el mandante, por lo que era difícil para él actuar en forma independiente e imparcial. Fue entonces que Fidic decidió, siguiendo el criterio adoptado por el Banco Mundial, adoptar el uso de los *Dispute Boards*, llamado por la Fidic «*Dispute Adjudication Boards*», estableciendo que las decisiones de los DAB eran obligatorias para las partes, a menos que la decisión fuere revisada de común acuerdo por las partes, o sometida a arbitraje por alguna de ellas.

El establecimiento de los DAB conforme a Fidic es parte de la cláusula sobre resolución de disputas aplicable cada vez que un contrato Fidic es empleado, a menos que las partes convengan en modificar o eliminar dicha estipulación.

4.3. Dispute Review Boards de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA)

Desde la adopción de los DRBs en los Estados Unidos de América a principios de los años 1970, han sido ampliamente usados en una gran variedad de proyectos de construcción. Al mes de septiembre del 2003, más de 1000 proyectos de construcción han empleado los DRBs, habiéndose solucionado 1200 disputas, y sólo menos de treinta de ellas, ha terminado en litigio.¹²

La Asociación Americana de Arbitraje ofrece el servicio de administración de los DRB, a partir del mes de diciembre del 2000, y la Fundación de DRB señala que existen diversos factores que han contribuido al éxito de los DRB; a saber, que los tres miembros del DRB son neutrales y su nombramiento sujeto a la aprobación de ambas partes; todos los miembros del panel firman un acuerdo con las partes, obligándose a dar a las partes un trato igualitario y justo; los honorarios y gastos de los DRB son compartidos por partes iguales entre las partes; los DRB se constituyen y comienzan su labor al inicio del proyecto, antes de que cualquier disputa se pudiera haber producido; los miembros del panel están permanentemente informados del desarrollo del contrato, mediante una revisión periódica de todos los documentos relevantes y la visita del lugar donde se desarrollan las obras; cualquier parte puede someter una disputa a la resolución del panel de expertos; el apoyo informal a las partes, las que son escuchadas por los miembros del panel, en audiencias que se verifican en un tiempo breve; las recomendaciones o decisiones de los DRB no son obligatorias para las partes, salvo que se establezca lo contrario en los contratos; las recomendaciones o decisiones constituyen una importante prueba si el conflicto deriva en un arbitraje o un litigio; los miembros del panel se encuentran liberados de cualquier responsabilidad personal o profesional por sus actividades como DRB.¹³

¹² *The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution, American Arbitration Association*, octubre 2004.

¹³ *Ibidem*, p. 13.

4.4. *Los Dispute Boards de la Cámara de Comercio Internacional de París (ICC)*

La Cámara de Comercio Internacional de París, publicó, por primera vez, en el mes de septiembre del 2004, las reglas de funcionamiento de los *Dispute Boards*, las cuales aseguran un nivel alto de aceptación entre las partes, que están en búsqueda de un método neutral de resolución de controversias en sus contratos. Conforme a lo indicado por el presidente del grupo de trabajo que estuvo a cargo de la elaboración de estas normas, el principal factor diferenciador de estas reglas frente a otras existentes, ha sido que el sistema de la CCI se pueda adaptar y que sea plenamente aplicable a contratos, no sólo de duración larga sino también mediana, a toda industria en cualquier lugar del mundo.

Otra de las características distintivas de los DB contenidos en el Reglamento de la CCI, es el poder entregado a la Cámara de Comercio Internacional, conforme a su artículo 21, para revisar una decisión adoptada por los DAB o los CDB antes que ella sea comunicada a las partes. Sin embargo, dicha facultad es otorgada únicamente si las partes así expresamente lo han convenido. Adicionalmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 (3), las partes son motivadas para buscar la resolución amistosa de las disputas, a pesar de que el procedimiento a través del panel de expertos se esté desarrollando.¹⁴

5. CONSTITUCIÓN DE LOS *DISPUTE BOARDS* O PANELES DE EXPERTOS

Los DB son concebidos como un panel permanente, el cual —en ausencia de estipulación contraria de las partes— se constituye al inicio del contrato, antes de iniciarse la ejecución del proyecto. La principal ventaja de su constitución temprana es que los miembros del panel se mantienen informados del proyecto y su desarrollo, desde su inicio. Como consecuencia de ello, cuando una disputa se produce, el panel

¹⁴ *Ibidem*, p. 113.

está ya constituido y operativo para que pueda conocer y resolver la dificultad. Sin perder el tiempo que significaría entrar en ese momento a seleccionar el panel.

Tratándose del sistema de DB de la CCI, existe una institución denominada *ICC DB Centre*, cuya más importante función es intervenir en el nombramiento de los miembros del panel, como también al existir objeciones o inhabilidades de éstos. El Reglamento de los DB no establece que los miembros deban tener formación jurídica.

Por su parte, tratándose de los DB de tres miembros, los dos primeros de ellos deben ser nominados directamente por las partes. Cada parte sugerirá un miembro, que debe ser aceptado por la otra parte. De acuerdo a lo estipulado en el artículo 7(4) del Reglamento de la ICC, si el nombramiento no es concretado dentro del plazo de treinta días, los dos primeros miembros serán nombrados por la ICC, a simple solicitud de cualquiera de las partes. Dentro de los treinta días siguientes después de dicho nombramiento, los dos primeros miembros nominados deben sugerir el tercer miembro a las partes. Conforme a lo establecido en el artículo 8(5), si las partes no nombraran al tercer miembro dentro del plazo de quince días, el tercer miembro deberá ser designado por la ICC.

Ahora bien, en el caso del sistema administrado por la AAA, conforme al Reglamento sobre DRB, el proceso de nombramiento de los miembros del panel podría tornarse en lento y dificultoso, si una de las partes objeta el miembro designado por la otra parte. Cada parte tiene un plazo de catorce días para nominar un reemplazante y la otra parte tiene, a su turno, otros catorce días para objetar el reemplazante sin expresión de causa. Conforme a lo dispuesto en el punto 1.02.C 5.c, del Reglamento, dicho proceso se volverá a repetir las veces que fuere necesario, hasta que las partes de común acuerdo nombren a los miembros del panel.

6. FUNCIONAMIENTO DE LOS *DISPUTE BOARDS*

Si bien la tarea final de los DB es emitir recomendaciones o decisiones, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento de la ICC, el panel debe «asistir informalmente» a las partes en la resolución de toda disputa que pudiera emerger durante la ejecución del contrato. Dicha asistencia informal puede ocurrir, ya sea durante cualquier reunión del DB con las partes o en una visita que se efectúe al lugar donde se ejecuta la obra. La asistencia informal puede tomar la forma de una conversación entre el panel y cualquiera de las partes, con el objeto de lograr un acuerdo entre las partes; la expresión informal de puntos de vista dados por los miembros del panel; una nota escrita emanada del DB dirigida a las partes; o, en general, cualquier otro tipo de asistencia que pueda ayudar a las partes a resolver una diferencia entre ellas. Conforme a lo dispuesto en el artículo 16(3) del Reglamento de la ICC, si un panel es llamado a formular una determinación relativa a una desavenencia, respecto a un asunto que ya prestó su asistencia informal, no se verá compelido por ninguna opinión, oral o escrita, que hubiere emitido durante el curso del apoyo informal prestado.

Por otro lado, si bien las partes son libres para convenir el procedimiento de funcionamiento del panel de expertos, los reglamentos sobre DB proveen un procedimiento a ser adoptado en ausencia de acuerdo de las partes, esto es, de carácter supletorio. Así, por ejemplo, conforme al artículo 17 del Reglamento de la ICC, el procedimiento se inicia a partir del momento en que una de las partes presenta un requerimiento escrito a la otra parte y al propio panel de expertos. Dicha presentación debe incluir una descripción clara y concisa de la disputa y de sus circunstancias, una lista de los temas sometidos a la determinación del panel, cualquier prueba que sirva de fundamento a la presentación, con un petitorio que indique qué somete a la determinación del panel.

Por su parte, la contestación de la otra parte debe ser evacuada dentro de treinta días después de la recepción del reclamo, y debe ser clara y

concisa, acompañándose los documentos sustentatorios. A menos que las partes convengan en otras cosas, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 (1) del Reglamento de la ICC, el panel debe fijar una audiencia con las partes dentro del plazo de quince días, después de la fecha en que recibió la contestación del reclamo. La audiencia oral otorga a las partes una buena oportunidad para verificar si los miembros del panel han comprendido a cabalidad la disputa sometida a su determinación, y según fuere el caso, para formular aclaraciones o complementaciones que fueren necesarias para ilustrar al panel.¹⁵ Generalmente, los abogados o asesores externos tienen una participación menor en las audiencias ante los DB; por el contrario, cada parte presenta su posición frente al reclamo, por medio de los representantes que se encuentran más familiarizados con los aspectos más relevantes del conflicto, tales como el ingeniero administrador del contrato, el representante del mandante, el administrador del contrato, etc. El objetivo esencial del procedimiento es obtener un proceso más expedito e informal de lo que sería un arbitraje.¹⁶

7. LA DECISIÓN DEL *DB*

De acuerdo a lo estipulado en el artículo 22 del Reglamento de la ICC, el procedimiento finaliza con la emisión de la recomendación por parte del panel de expertos, que debe siempre ser fundada. El reglamento nada señala si el DB puede resolver en equidad. Sin embargo, a menos que el contrato en forma expresa estipule que la controversia debe ser decidida conforme a derecho, nada impedirá que el DB resuelva conforme a equidad o *ex aequo et bono*.

Conforme a las reglas de la ICC, los DB deben emitir su determinación en un plazo breve; y, en todo caso, dentro de los noventa días,

¹⁵ HARBST, R. & MAHNKEN. *Ob. cit.*, p. 316.

¹⁶ JENKINS, J. and S. STEBBINGS. *Ob. cit.*, p. 123.

desde el inicio del procedimiento. Sin embargo, las partes de común acuerdo pueden extender dicho plazo máximo.¹⁷

Según cuáles fueran las reglas, las decisiones del panel de expertos deben ser tomadas unánimemente o por simple mayoría. Así, por ejemplo, tratándose del Reglamento de la ICC, se establece que los tres miembros del panel deben hacer sus mayores esfuerzos para que cada determinación sea adoptada en forma unánime. Si ello no fuera posible, se puede adoptar una decisión por simple mayoría. Es útil otorgar facultades especiales al panel para corregir errores menores, aritméticos, etc., que pudieran contener las determinaciones que emitan. Las decisiones también deben pronunciarse sobre los costos asociados al reclamo; esto es, cuál de las partes o si ambas, deben hacerse cargo de ellos. Lo usual es que cada parte pague sus propios gastos y los gastos comunes sean pagados por mitades. Es inusual, pero posible, que el panel de expertos resuelva que los costos sean pagados por la parte que resulte vencida.

8. EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES DE LOS DBs

A diferencia de una sentencia arbitral, no existe un régimen de reconocimiento y ejecución obligatoria de las determinaciones emanadas de los paneles técnicos. Como regla, las determinaciones de los DB son contractualmente obligatorias, sólo en el sentido de que los tribunales ordinarios pueden ser requeridos para su ejecución. Por consiguiente, el método apropiado de ejecución de las decisiones de los DB, es a través de una acción ordinaria de violación de contrato.

Partiendo del presupuesto de que la ejecución de las determinaciones de los paneles técnicos es difícil, es conveniente que las partes consideren, dentro de las estipulaciones contractuales, sanciones o multas por incumplimiento de las determinaciones de los DB, tales como

¹⁷ Artículo 20 del Reglamento de la ICC.

que las partes convengan que constituirá suficiente motivo suspender la ejecución del contrato en favor de la parte que se ha emitido una determinación del panel técnico; incluso podría estipularse como sanción, por ejemplo, la terminación del contrato para el evento de no cumplirse con una determinación del DB.¹⁸

9. REMUNERACIÓN DE LOS *DISPUTE BOARDS*

La extensión del trabajo que ejecutan los miembros de los paneles técnicos es amplia; desde el comienzo del proyecto deberán mantenerse informados de todo lo que va ocurriendo durante el desarrollo del contrato; deberán visitar la obra y prestar apoyo informal a las partes en la resolución de las diferencias que pudieran producirse.

Conforme al Reglamento de la ICC, la remuneración del panel comprende una tarifa fija mensual y un cobro por horas de trabajo. El propósito de la remuneración mensual, es que los miembros del panel estén siempre disponibles para atender reuniones, visitas al lugar donde se ejecuta el proyecto y mantenerse informado acerca de las últimas novedades del desarrollo del contrato. Una tarifa adicional se considera si los miembros del DB deben destinar tiempo a visitas al sitio, audiencias, viajes, estudio de documentos, etc.

La remuneración debe ser convenida entre las partes y el panel técnico. Adicionalmente, el Reglamento de la ICC establece que, salvo estipulación distinta, la remuneración mensual debe ser igual a la tarifa convenida para tres días de trabajo. El principio general es que las remuneraciones a pagar al panel al igual que sus gastos, deben ser pagados por mitades por las partes.¹⁹ Adicionalmente, existe una tarifa fija por

¹⁸ HARBST, R. & MAHNKEN. *Ob. cit.*, p. 317.

¹⁹ Artículos 26 y 32 del Reglamento de la ICC.

las labores que desempeña la administración institucional del sistema, en el caso de la ICC, por medio de su Centro de DB.²⁰

Los costos por el uso del sistema de DB durante la vida de los contratos de construcción de obras, ha fluctuado entre un 0,04% al 0,51% del total del costo del contrato.

10. CONCLUSIONES

Los DB constituyen mecanismos de resolución de controversias prearbitrales que son idóneos para todo tipo de contratos de larga ejecución —especialmente en proyectos internacionales de construcción—, durante los cuales un gran número de disputas pueden ocurrir, donde se combinan asuntos legales y técnicos, que pueden ser resueltos en forma más eficiente sin mayor retardo.

Los paneles de expertos, como medios de resolución de disputas, intervienen, ya sea mediante el apoyo informal a las partes, o también emitiendo recomendaciones o decisiones obligatorias provisionales, que pueden, posteriormente, ser sometidas a arbitraje.

Los DB son más baratos que la instancia arbitral; a lo cual se agrega que las disputas sometidas a la resolución del panel de expertos quedan normalmente a firme; por ejemplo, aquéllas que surgen relativas a la terminación del contrato. Por otro lado, los DB, actuando como filtro, ayudan a refinar las disputas, dejando los temas controvertidos, normalmente claros, lo que no ocurriría de otra manera.

Tratándose de las normas sobre DB dadas por instituciones, tales como la ICC o la AAA, es suficiente incorporar al contrato una cláusula

²⁰ Por los nombramientos de los miembros del panel, la suma de USD 2,500; por las decisiones acerca de inhabilidades, la tarifa fluctúa entre USD 2,500 y USD 10,000; y por la revisión de decisiones desde USD 2,500 hasta USD 10,000.

estándar, para que la normativa contenida en los respectivos Reglamentos sobre DB, sea aplicable.

En suma, los DB constituyen una herramienta muy útil de solución de controversias prearbitral —aún desconocida en muchos países— y un método flexible para resolver todos los asuntos que emergen especialmente en contratos de construcción complejos, tal como ocurre con los contratos de construcción de grandes obras que, usualmente, tienen el carácter de internacionales. Como consecuencia de lo anterior, estimamos muy aconsejable incorporar en dicho tipo de contratos las cláusulas estándar de DB que ofrecen los Centros de Arbitraje Internacionales.

DELITO DE COLUSIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS CONTRATACIONES QUE SE REALIZAN CON LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO

*Luis Lamas Puccio**

Sumario: 1. Marco legal.— 2. Principios que rigen las contrataciones.— 3. La legislación penal.— 3.1. Introducción.— 3.2. Delito de colusión.— 3.3. Críticas al artículo 384 del Código Penal sobre el delito de colusión antes de su modificación.— 3.4. El delito de colusión simple.— 3.5. Tipicidad objetiva.— 3.6. El delito de colusión agravada.— 3.7. Diferencia ente «defraudar» y «defraudare» en materia del delito de colusión agravada.— 3.8. Elementos que configuran el delito de colusión.— 3.9. Instrumentos del delito.— 3.10. Bien jurídico.— 3.11. Sujeto activo.— 3.12. Consumación del delito.— 3.13. El delito de colusión conforme a la nueva legislación en materia de crimen organizado, Ley n° 30077.

1. MARCO LEGAL

Sin perjuicio de lo que señala nuestra Constitución Política, en el sentido de que «todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación» y que «la ley regula los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos,¹ existe un marco normativo que ha sido objeto de reiteradas modificaciones que se encuentra orientado a maximizar el valor del dinero de los contribuyentes en las contrata-

* Abogado y socio fundador del estudio Lamas & Puccio Abogados.

¹ Constitución Política del Perú. Artículos 39 y 40.

ciones que realizan las entidades del sector público, de manera tal que cualquier contratación que se realice con una entidad del Estado, se efectúe de manera oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través de una serie de principios que rigen contrataciones de esta naturaleza.²

Se encuentran comprendidos dentro de los alcances que rigen las contrataciones:

- a) El gobierno nacional, sus dependencias y reparticiones;
- b) Los gobiernos regionales, sus dependencias y reparticiones;
- c) Los gobiernos locales, sus dependencias y reparticiones;
- d) Los organismos constitucionales autónomos;
- e) Las universidades públicas;
- f) Las sociedades de beneficencia y las juntas de participación social;
- g) Las Fuerzas Armadas y la policía nacional del Perú;
- h) Los fondos de salud, de vivienda, de bienestar y demás de naturaleza análoga de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú;
- i) Las empresas del Estado de derecho público o privado, ya sean de propiedad del gobierno nacional, regional o local y las empresas mixtas bajo control societario del Estado; y,
- j) Los proyectos, programas, fondos, órganos desconcentrados, organismos públicos del Poder Ejecutivo, instituciones y demás unidades orgánicas, funcionales, ejecutoras y/o operativas de los poderes

² Decreto Legislativo n.º 1017. Artículo 2.

del Estado; así como los organismos a los que alude la Constitución Política del Perú, y demás que sean creados y reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional.³

2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS CONTRATACIONES

Sin perjuicio de lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General,⁴ a modo sólo de referencia, y conforme al artículo cuarto del Decreto Legislativo n.º 1017, existen una serie de principios que rigen las contrataciones de parte de los particulares con el Estado, y son los siguientes:

- a) *Principio de promoción del desarrollo humano.* La contratación pública debe coadyuvar al desarrollo humano en el ámbito nacional, de conformidad con los estándares universalmente aceptados sobre la materia.
- b) *Principio de moralidad.* Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.
- c) *Principio de libre concurrencia y competencia.* En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.
- d) *Principio de imparcialidad.* Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la presente norma y su reglamento; así como en atención a criterios técnicos.

³ Ley n.º 29873. Artículo 3.

⁴ Ley n.º 27444.

- e) Que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas.
- f) *Principio de razonabilidad.* En todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado.
- g) *Principio de eficiencia.* Las contrataciones que realicen las entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega, y con el mejor uso de los recursos.
- h) *Materiales y humanos disponibles.* Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia.
- i) *Principio de publicidad.* Las convocatorias de los procesos de selección y los actos que se dicten como consecuencia, deberán ser objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la Ley de Contrataciones del Estado.
- j) *Principio de transparencia.* Toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en la presente norma y su reglamento. la convocatoria, el otorgamiento de la buena pro y los resultados deben ser de público conocimiento.
- k) *Principio de economía.* En toda contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias en las bases y en los contratos.

- l) *Principio de vigencia tecnológica.* Los bienes, servicios o la ejecución de obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.
- m) *Principio de trato justo e igualitario.* Todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.
- n) *Principio de equidad.* Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.
- o) *Principio de sostenibilidad ambiental.* En toda contratación se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia.⁵

3. LA LEGISLACIÓN PENAL

3.1. Introducción

Lo primero que hay que señalar, es que el Estado tiene sus propios mecanismos y procedimientos específicos de control administrativo, cuya finalidad, no es otra cosa que proteger el desenvolvimiento correcto de la labor pública, a los fines de optimizar en el buen sentido del concepto las relaciones entre los particulares y los funcionarios públicos.

⁵ Decreto Legislativo n.º 1017. Artículo 4.

Hablamos de pautas orgánicas y de reglamentos, entre los que se encuentran la ley de bases de la carrera administrativa, la ley de normas de procedimientos administrativos, la ley del sistema nacional de control y una serie de disposiciones específicas.⁶ Es en este sentido, como lo señala Rojas Vargas, que el derecho penal como medio de control conminatorio y represivo, es un mecanismo subsidiario de control en la actuación del funcionario público. Implica la aplicación de un recurso en última instancia. Es decir, sólo cuando la gravedad del hecho lo amerita.

Hablamos de una función preventiva en cuanto al mensaje que transmite la represión de los delitos contra la función pública por parte del derecho penal, que se supone internaliza al individuo o al funcionario público, antes de que cometa el hecho objeto de represión, cuando hablo de la internalización del comportamiento del funcionario conforme a derecho, se está recurriendo a lo más positivo del ciudadano, que no es otra cosa que el deber de respetar la ley y al derecho.⁷

3.2. Delito de colusión

En el presente caso, se trata del delito de colusión que se encuentra tipificado en el artículo 384 del Código Penal,⁸ que refiere textualmente según la modificación de que fue objeto, la siguiente definición:

Al funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las

⁶ En el Perú las infracciones administrativas y la desviación funcional imputable a los comportamientos de los funcionarios y servidores públicos se hallan normados [...]. Ver ROJAS VARGAS, Fidel. En «Delitos contra la administración pública». Lima: Editorial Grijley, 1999, p. 12. Nota referencial n.º 1.

⁷ *Ibidem*, p. 13.

⁸ En otras legislaciones este delito se denomina «negociaciones incompatibles», «fraude a la administración pública», «celebración indebida de contratos» o «fraude contra el estado». Ver SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Editorial Grijley. 2.ª edición, p. 249.

modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.⁹

En el mismo sentido, en su segunda parte del citado artículo, se señala, que:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.¹⁰

3.3. Críticas al artículo 384 del Código Penal sobre el delito de colusión antes de su modificación

Como lo señalan distintos autores,¹¹ varias han sido las críticas planteadas contra la tipificación penal anterior en relación al delito de colusión, entre las que cabe destacar por su importancia: la falta de elementos constitutivos respecto al delito propio de colusión (aligeramiento de sus elementos constitutivos), en la medida que no se requería constatar el propio acto de corrupción respecto al funcionario público que había participado o decidido el acto de contratación o adquisición estatal,

⁹ Artículo 384 del Código Penal.

¹⁰ Artículo modificado por el artículo único de la Ley n.º 30111 del 26 de noviembre de 2013.

¹¹ SALINAS SICCHA, Ramiro, José Luis CASTILLO ALVA y Percy GARCÍA CAVERO. *El delito de colusión*. Lima: Grijley, 2008, p. 17.

sino sólo la concertación con los interesados, evidentemente, perjudicial para los intereses el Estado.

De otro lado, la severidad de la pena prevista en el tipo penal para el delito de colusión, que implicaba una sanción máxima de hasta de quince años de pena privativa de la libertad.

Ambas características evidenciaban la sensibilidad desde una perspectiva de política criminal que generan las contrataciones con el Estado considerando la corrupción imperante en el medio nacional, debido a las grandes sumas de dinero que se manejan en el rubro del gasto público.¹²

Conforme a la reciente modificación de la que ha sido objeto el artículo 384 del Código Penal, el actual delito de colusión, se plantea de dos maneras:

- La «primera» relacionada a si la concertación es descubierta antes de que se defraude patrimonialmente al Estado, en cuyo caso, estaremos ante una colusión consumada, *por voluntas* del legislador, será simple.
- Y la «segunda», si la concertación es descubierta «luego» que se causó un daño patrimonial al Estado, en cuyo último caso, estaremos ante una colusión consumada, aunque por voluntad del legislador.¹³

En este sentido, hay que tener en cuenta que la colusión simple a la que nos referimos como la primera, tiene como verbo rector el término «concertar», mientras que la colusión agravada conforme a la segunda, tiene como verbo rector «defraudare».

¹² SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Editorial Grijley, p. 250.

¹³ *Ibid.*

3.4. El delito de colusión simple

En ella, como se señala, prima el verbo «concertar», en tanto que se trata de una persona que, en su condición de funcionario público, servidor público, y en razón de su cargo, al intervenir directa o indirectamente en cualquiera de las etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras, servicios, concesiones o cualquier otra operación con el Estado, «concierta» con los interesados para defraudar al Estado.

Desde esta perspectiva, si la concertación a la que nos referimos es descubierta «antes» de que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos frente a un delito de colusión «consumado», aunque por voluntad del legislador será una «simple»; mientras que si la colusión es descubierta cuando ya se ha causado un perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos también frente a una colusión, aunque por voluntad del legislador «agravada».¹⁴

- Concertación es descubierta antes = simple
- Concertación es descubierta con posterioridad cuando se ha generado un perjuicio económico patrimonial al Estado = agravada

3.5. Tipicidad objetiva

La «tipicidad objetiva» en el delito de colusión simple se verifica cuando el agente en su condición de funcionario público y en razón de su cargo, al intervenir directa o indirectamente en cualquiera de las etapas de la modalidad de adquisición o contratación pública de bienes, obras

¹⁴ *Ibid.*

o servicios, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado, «concierta» con los interesados en defraudar al Estado.

El tipo penal mismo dice que ese «fraude» debe consistir en la concertación ilegal misma; es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública, siendo un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la concertación no habría, aparentemente, nada.

El delito se consuma con la simple «colusión»; o sea, con el acto de concertar, sin la necesidad de que la administración pública sufra un efectivo perjuicio patrimonial, ni que se verifique patrimonialmente la obtención de la ventaja.¹⁵

3.6. El delito de colusión agravada

Se define la colusión agravada como el hecho punible que se configura cuando el agente del delito siempre en su condición y razón del cargo de funcionario público o servidor público al intervenir directa o indirectamente en cualquiera de las etapas de la modalidad de adquisición o contratación pública al intervenir directa o indirectamente, mediante la «concertación con los interesados», defraudare patrimonialmente al Estado, esto es, causare perjuicio efectivo patrimonial al Estado.¹⁶

a) Tipicidad objetiva

En ambos casos, tanto la modalidad simple como la agravada, presentan diversos elementos que hacen de las figuras delictivas señaladas una estructura compleja. La diferencia entre una y otra tienen que ver con dos aspectos: la primera, que se relaciona con el verbo rector que,

¹⁵ Ejecutoria Suprema del 8 de febrero de 2006.

¹⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. cit.*, p. 252.

como ya se ha mencionado, en la modalidad simple es el término «concertar», en tanto que en la modalidad agravada es «defraudare». La segunda, que tiene que ver con el perjuicio potencial o real producido con la conducta colusoria al patrimonio del Estado. En otras palabras, en la simple, el peligro de afectación al patrimonio del Estado es sólo potencial, en tanto que en la segunda es real y efectivo.

b) El concepto de defraudar

O en otras palabras timar al Estado significa el quebrantamiento del rol tan particular que asume un ciudadano cuando se convierte en funcionario público, y viola el principio de confianza que se deposita en él. Se trata de engañar a la opinión pública, al convertirse el sujeto activo en su beneficiario, asumiendo roles que son incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado.

En realidad no se trata de un delito propiamente de estafa, dado que el delito de colusión es, en realidad, un delito especial, dado que no sólo comprende las características de una estafa en el buen sentido del término, sino se añan otros elementos que le dan mayor relevancia desde el punto de su gravedad y daño social.

El agente del delito, con su accionar colusorio busca ocasionar un daño real o potencial al Estado, al intervenir en una negociación con terceros. La conducta del agente de infringir sus deberes funcionales, está dirigida a defraudar patrimonialmente al Estado. Es decir, conforme a lo señalado, para configurarse el delito de colusión en su modalidad simple, no es necesario que con la conducta colusoria o fraudulenta se ocasione un perjuicio al Estado, dado que basta verificar que la conducta colusoria tenía como finalidad defraudar el patrimonio del Estado.¹⁷

¹⁷ *Ibidem*, p. 253.

3.7. Diferencias entre «defraudar» y «defraudare» en materia del delito de colusión agravada

Aunque pareciera que son similares los términos «defraudar» que «defraudare» en relación al artículo 384 del Código Penal, luego de las modificaciones introducidas por la Ley n.º 29758, existen diferencias entre ambos términos.

a) «Defraudar»

Defraudar o timar al Estado significa quebrantar el rol especial que asume el agente del delito de colusión, y la violación del principio de confianza que el Estado y la sociedad deposita en el funcionario público, con el consiguiente engaño al interés público asumiendo roles que son incompatibles con la función pública.

b) «Defraudare»

Aunque este término también implica engañar al interés del Estado, la colusión agravada se configura con la propia defraudación que se produce al patrimonio del Estado luego de la concertación. Mientras que la colusión simple se configura con la sola concertación con los interesados. De esta manera, en la concertación agravada aunada a la misma concertación con los interesados de parte del funcionario público, lo que se exige es un perjuicio patrimonial al Estado.

3.8. Elementos que configuran el delito de colusión

Por razón del cargo, un elemento con configura tanto la colusión simple como la agravada, es que el agente del delito que lleva a cabo los actos colusorios en perjuicio del patrimonio del Estado, «tiene que actuar en razón de su cargo». Se actúa en razón del cargo conforme a las atribuciones propias de su cargo conforme a la ley o los reglamentos de la

materia. El agente se aprovecha en beneficio propio de las atribuciones que el organismo estatal le ha otorgado para que lo represente en todas las etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios. Implica que si el funcionario público no estaba facultado para participar en un proceso de licitación, el delito de análisis no se configura.

Este elemento del delito de colusión evidencia que se impone una obligación normativa reforzada al funcionario público que participa en una actividad representativa de esta naturaleza. No sólo tiene una función específica, sino reforzada y jurídicamente intensificada, con la finalidad de proteger fines y bienes específicos. Vigila y pone en práctica todos aquellos esfuerzos y acciones que sean necesarias para proteger los intereses patrimoniales del Estado.

La «concertación» con los interesados. Hablamos que el agente del delito, abusando de las atribuciones que se le ha otorgado, se pone de acuerdo, pacta, conviene o arregla con los interesados para, o con la finalidad, de defraudar al Estado al que representa.

La concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que implica, no sólo la violación de la confianza que el Estado ha depositado en él, sino un alejamiento a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados y de los principios que rigen la actuación administrativa.

Según ejecutoria suprema, el delito de colusión desleal requiere de la concertación del funcionario o servidor público con el interesado; es decir, de un acuerdo subrepticio entre dichas personas en los contratos, suministros o licitaciones. Hablamos de la defraudación del Estado, de sus organismos o entidades, la misma que se manifiesta en un perjuicio que es producto, precisamente, de dicho acuerdo ilícito relacionado a esta concertación. El ilícito penal necesita de la intervención activa del interesado, quien justamente concierta con el funcionario público, lo

que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentamiento de su parte, hablamos de un acuerdo de voluntades entre el funcionario y el interesado.¹⁸

Para que una actuación entre un funcionario y una persona o empresa interesada sea considerada «defraudatoria», se requiere de la existencia de un «acuerdo» en el que existan condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado de las que podría haber alcanzado en un determinado momento durante una negociación. Hablamos de condiciones contractuales desfavorables como parte de una negociación.

Una concertación de esta naturaleza implica un amplio margen de acuerdos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio, evidentemente, del Estado. Precios simulados, sobrevaluaciones, admitir calidades inferiores a las requeridas.

El término «interesados» se refiere a particulares, ya sea personas jurídicas nacionales o extranjeras.

No se trata de cualquier concertación, sino las que buscan de manera específica perjudicar o traer consecuencias económicas nocivas para el Estado, ya que, por lo general, se paga más por un producto de una determinada calidad que no corresponde a las necesidades. Lo cuestionable es la conducta del funcionario que acuerda con una persona privada, en términos dolosos, para obtener un beneficio particular en agravio del Estado.

Concertación por comisión. Una concertación de esta naturaleza sólo es posible por comisión y no por omisión.¹⁹ No es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante actos de omisión. El agente, necesariamente y de manera activa, debe concertar o ponerse

¹⁸ R.N. n.º 2508-2005-Ancash. 2ª Sala Penal Transitoria.

¹⁹ VÁSQUEZ ABANTO. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano.

de acuerdo con los interesados en negociar con el Estado. Es imposible que actos omisivos impliquen o representen acuerdos o concertación alguna.²⁰

Sobre el particular, una conducta de un funcionario público que pertenece a un comité de selección, de no hacer nada ante una licitación amañada por otros miembros, no es equiparable a una concertación con los interesados que exige el tipo penal. En todo caso, el funcionario al que me refiero sería imputable por el delito de omisión de denuncia u omisión de deberes funcionales, pero no por el delito de colusión.²¹

En el caso de que un funcionario participe de las negociaciones; pero no obra, o por razón de su cargo, sólo guarda silencio, y con ello permite que haya un comportamiento defraudatorio a los intereses del Estado, estaremos frente a un caso de complicidad primaria omisiva. El guardar silencio no equivale, desde el punto de vista normativo y estructural, la figura de la concertación que exige el tipo penal.²²

Concertar es una acción eminentemente activa. Quien guarda silencio o calla, no obra en concierto para perjudicar al Estado, simplemente realiza un comportamiento omisivo que facilita la comisión de otros delitos.²³

Lo fundamental son los acuerdos colusorios o concertación. Si no hay prueba alguna de acuerdos colusorios previos, el delito no se verifica.²⁴

En ese sentido, si bien es cierto que, tanto en la colusión simple como en la agravada, el verbo rector es la misma concertación, en esta

²⁰ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. cit.*, p. 258.

²¹ GARCÍA CAVERO, Percy. *Ob. cit.*, p. 51.

²² SALINAS SICCHA, Ramiro, GARCÍA CAVE y CASTILLO ALVA. *El delito de colusión*. *Ob. cit.*, p. 51.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

última, es un medio que utiliza el agente para perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado.²⁵

3.9. Instrumentos del delito

Etapas del delito. El agente del delito, con la finalidad de defraudar al Estado, en el desempeño de su cargo en el que actúa, se pone de acuerdo y pacta subrepticamente con los interesados en perjuicio del Estado. Su participación se da en cualquiera de las etapas de las adquisiciones o contrataciones.

Comprende desde la generación de la necesidad; el requerimiento; la presentación de la propuesta; la evaluación; la adjudicación; la misma firma del contrato; la ejecución y la liquidación del mismo.²⁶

Engloba, por consiguiente, todos los actos jurídicos que se suscitan en el desarrollo de las operaciones en materia de contrataciones, como son contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas u otra operación similar que se realiza con el Estado, si de lo que se trata es cumplir con los objetivos que la motivaron.

Hablamos de los actos jurídicos en los cuales es parte el Estado: contratos; acuerdos y cualquier otro acto necesario para la ejecución y la prestación de servicios:

- a) *Suministros.* Son acuerdos a los que llega el organismo estatal con los particulares con la finalidad de que se encarguen de proporcionar prestaciones de bienes y servicios;
- b) *Licitaciones.* Implica un procedimiento legal y técnico que permite a la administración pública conocer quiénes pueden participar

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley n.º 4187/2010. Poder Judicial.

en la prestación de servicios conforme a su idoneidad o conveniencia;

- c) *Concurso de precios*. Es el procedimiento por el cual el postor presenta su propuesta para ejecutar una obra pública previa a una licitación cursada por la entidad estatal que convoca el concurso;
- d) *Subasta*. Son actos públicos de venta de bienes al mejor postor, y puede hacer 0judicial y públicamente.²⁷

El tipo penal deja abierta la posibilidad de que otra operación semejante a las señaladas, en la cual el organismo estatal es parte, se constituya objeto del delito de colusión. Sin embargo, cualquiera de estas operaciones deberá enmarcarse necesariamente dentro de los procesos de selección y contratación pública para la adquisición de bienes y servicios de parte del Estado. Se incluyen la adjudicación directa o la adjudicación de menor cuantía.

El marco referencial es el acuerdo defraudatorio, lo que implica que puede suscitarse el mismo, dentro de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros:

- a) *Convenio*. Son los acuerdos a los que llegan los representantes del Estado con los particulares, los que se traducen en un contrato. El legislador utiliza el término «convenio», el que no sólo se refiere a los acuerdos alcanzados en la celebración o en la ejecución de una contratación pública, sino también implica ciertas modalidades específicas de contratación que están previstas en la normatividad administrativa: hablamos de adquisiciones realizadas en el marco de los convenios internacionales.²⁸

²⁷ ROJAS VARGAS. *Delitos contra la administración pública*, p. 283.

²⁸ Hablamos de lo que está establecido en la tercera disposición complementaria de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y en el reglamento de la Ley

- b) *Ajustes*. Son las adecuaciones o reacomodos que se realizan entre los representantes del Estado y los particulares cuando surgen desavenencias en el cumplimiento del contrato.
- c) *Liquidaciones*. Implica que los contratos celebrados entre el Estado y los particulares llegan a su fin, y es necesario llevar a cabo un procedimiento de liquidación.
- d) *Suministros*. Es el acuerdo al que llegan los representantes del Estado con los particulares, con la finalidad de que éstos se encarguen de proporcionarles prestaciones de bienes y servicios. Los suministros constituyen la ejecución de un contrato con el Estado para proveer de manera continua y, permanentemente, determinados bienes a determinadas instituciones públicas para el desarrollo de sus actividades.²⁹

3.10. Bien jurídico

Como en todos los delitos contra la administración y la función pública, lo que se protege es el correcto desempeño del funcionamiento de la administración pública, que resulta una manifestación material del Estado. En tanto que el bien jurídico específico es la regularidad, prestigio y los intereses patrimoniales del Estado, expresados en la idoneidad y el celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios del Estado o servidores públicos.³⁰

de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

²⁹ GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA. *Ob. cit.*, p. 267.

³⁰ ROJAS VARGAS, Fidel y Manuel ABANTO VÁSQUEZ. *Ob. cit.*, pp. 278 y 261, respectivamente.

3.11. Sujeto activo

En sus dos modalidades estamos frente a un delito especialísimo que implica una infracción de deber, en el cual el sujeto activo o agente aparte de tener la condición especial debidamente señalada en el tipo penal (artículo 384 del Código Penal); esto es, la de funcionario público, debe tener también dentro de sus atribuciones funcionales o competencias, el deber de participar en cualquiera de las etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. nadie más puede ser agente de este delito.³¹

Es decir, no sólo basta tener la condición de funcionario público, sino que es necesario disponer de atribuciones funcionales específicas para participar en cualquiera de las etapas de la adquisición o contratación de bienes, obras, servicios o concesiones representando al Estado.

El agente debe ser objeto de verificación respecto a una labor funcional específica. Si no se verifica la relación funcional, el delito de colusión no se configura. En todo caso, interviene en forma directa o también de manera indirecta en la concertación con los particulares interesados, o lo puede hacer también a través de terceras personas en el acto de concertación.

Los interesados como cómplices primarios. Es importante señalar que a los interesados, en igualdad de condiciones que los funcionarios públicos, se les puede imputar el delito de colusión a título de autores,³² en razón a que no tienen la condición funcional que sí tiene el funcionario público que participa en una operación de esta naturaleza.

³¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. cit.*, p. 268.

³² Ejecutoria Suprema del 29 de noviembre de 2006.

Sin embargo, ello no implica que se encuentren impunes frente a un delito de estas características. Aquéllos tienen la calidad de partícipes o cómplices primarios, pues sin ellos, por la fórmula como está constituida o construida la fórmula penal, sería imposible e impracticable la tipicidad del delito.³³ A tal conclusión se llega aplicando la teoría de los delitos de infracción de deber sustentada por *Roxin*, en el sentido de que sólo los sujetos públicos *intraneus* infringe un deber especial, en tanto que el *extraneus* no infringe deber alguno; por lo tanto, es cómplice.

Se trata de un «delito de encuentro», lo que significa que para que se pueda configurar resulta necesario la participación o realización de dos conductas de sujetos distintos (funcionario e interesado), las que se orientan a una misma finalidad. Los funcionarios o servidores públicos, por un lado, y los terceros interesados que tienen interés de contratar con el Estado.³⁴

Lo más común, es que los terceros interesados en la concertación, actúen ofreciendo una comisión a los funcionarios o servidores públicos, si es el caso que se llega a concretar la adquisición o contratación. También ocurre cuando los interesados aceptan entregar una comisión al funcionario o servidor público de resultar favorecido con la adquisición o contratación pública.

3.12. Consumación del delito

Conforma a la nueva redacción del delito de colusión en relación a su primera parte, la «colusión simple» se consuma o verifica cuando el agente «Concierta», participa en acuerdos colusorios o clandestinos con los terceros interesados con el propósito de defraudar al Estado.

³³ ROJAS VARGAS, Fidel. *Ob. cit.*, p. 290; VÁSQUEZ ABANTO, Manuel. *Ob. cit.*, p. 316 y GARCÍA CAVERO y CASTILLO. *Ob. cit.*, pp. 54 y 152.

³⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. cit.*, p. 272.

No es necesario que se verifique la defraudación efectiva al patrimonio del Estado. Sólo basta que se «verifique el acuerdo o pacto colusorio». Por ello, el delito de colusión es un delito de peligro concreto. Al verificarse el concierto de voluntades para perjudicar el patrimonio del Estado, en forma inminente y concreta se le pone en peligro.³⁵ El delito se consuma con la simple colusión o con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra algún tipo de perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de algún tipo de beneficio a favor del funcionario.

En cambio, en lo que se refiere a la «colusión agravada» para que se verifique, es necesario que se haya perjudicado o defraudado al Estado, siempre y cuando también se haya verificado previamente una concertación con los terceros interesados. Si no se verifica, la concertación previa, el delito de colusión no se configura, así se ocasione un perjuicio patrimonial al Estado.

Es decir, en la colusión agravada se requiere que la conducta desplegada por el agente ocasione o produzca la defraudación efectiva a los intereses del Estado u organismos sostenidos por el Estado. Esto es, que se ocasione un perjuicio económico al estado, situación que sin duda debe ser establecida por los peritos especializados.³⁶

3.13. El delito de colusión conforme a la nueva legislación en materia de crimen organizado. Ley n.º 30077

La Ley n.º 30077,³⁷ cuya finalidad es fijar las reglas y procedimientos establecidos en relación a la investigación, juzgamiento y penalidad en relación a los delitos cometidos por las organizaciones criminales, res-

³⁵ *Ibidem*, p. 278.

³⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. *Ob. cit.*, p. 288.

³⁷ Ley n.º 30077 de fecha 20 de agosto de 2013.

pecto a los delitos que se encuentran comprendidos en esta legislación, incluye los delitos contra la administración pública, dentro de los cuales se encuentra el delito de colusión conforme a las últimas modificaciones de las que ha sido objeto.³⁸

Las modificaciones que se refieren al delito de colusión implican la investigación y el nuevo Código Procesal Penal, en relación a las diligencias preliminares, técnicas especiales de investigación, interceptación de las comunicaciones, interceptación postal, entrega vigilada, agente encubierto, acciones de vigilancia, levantamiento del secreto bancario, la reserva bursátil, la reserva tributaria, la incautación, el decomiso, la pérdida de dominio, la prueba trasladada, circunstancias que agravan la pena, consecuencias accesorias, prohibición de beneficios penitenciarios.

³⁸ Artículo 3.- De los delitos comprendidos.

LA EXPERIENCIA ARBITRAL EN LA EXPROPIACIÓN DE LOS TERRENOS ALEDAÑOS AL AEROPUERTO INTERNACIONAL JORGE CHÁVEZ

*Gonzalo García-Calderón Moreyra**

Sumario: 1. Antecedentes legislativos.— 2. Finalidad.— 3. Elementos de la expropiación.— 4. Pretensiones usualmente solicitadas como puntos controvertidos.

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Mediante Ley n.º 27329, publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 25 de julio de 2000,¹ se declaró de necesidad pública la expropiación

* Profesor Extraordinario del Área de Derecho en la Empresa. Magíster en Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú (1990). Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (1985). Estudios de Historia, Pontificia Universidad Católica del Perú. Programa de Instrucción para Abogados. Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard (1999). Actualmente es socio de García Calderón, Ghersi, Vidal, Montero & Asociados. Es Presidente de la Comisión Reformadora de la Ley de Seguros. Es Miembro de la Comisión Reformadora de la Ley de Títulos Valores. Es Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional desde 1996. Es Profesor Extraordinario del Área de Derecho en la Empresa. Ha sido vocal suplente de la Corte Superior de Lima, vocal de la Corte del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y abogado del Estudio Romero.

¹ Artículo 3.- De las razones que justifican la expropiación
La expropiación materia de esta Ley es para la realización de obras de gran envergadura [...] y la razón de necesidad pública declarada en la presente Ley es la importancia de que el primer terminal aéreo del Perú constituido por el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez cuente con una infraestructura moderna, suficiente y adecuada al volumen del comercio integral y tráfico de pasajeros, así como para mejorar el sistema de aeronavegabilidad que permita brindar un mejor servicio al usuario.

de los inmuebles de dominio privado adyacentes al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, indicándose que dichos inmuebles serían afectados en la medida en que se iba a implementar una obra de gran envergadura en materia de proyecto aéreo.

Es recién en el año 2008, que mediante la Resolución Suprema n.º 053-2008-MTC, se autoriza al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a ejecutar la expropiación de diversos inmuebles adyacentes al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. Esto, dentro del marco de la Ley n.º 27117 denominada Ley General de Expropiaciones,² la misma que posibilita a que se acuda a la vía arbitral, para que mediante este mecanismo, se establezca el valor del bien expropiado, así como la reparación por los daños y perjuicios.

Estos procesos arbitrales que se llevaron a cabo como consecuencia de la dación de estas normas, han culminado con gran éxito en un plazo relativamente corto, en donde la propiedad, luego de un procedimiento

² Ley General de Expropiaciones

«Artículo 25.- Del arbitraje potestativo del sujeto pasivo

25.1 Dentro del plazo de 20 (veinte) días a que se refiere el párrafo tercero del artículo 9 de la presente Ley, el sujeto pasivo puede cursar una comunicación al sujeto activo, indicándoles su decisión de acudir a un arbitraje, con el objeto de resolver las siguientes pretensiones relativas a la expropiación:

- a) Revisión del valor objetivo del bien expropiado.
- b) Determinación de la reparación por los daños y perjuicios que se generen para el sujeto pasivo.
- c) La solicitud de expropiación total del bien, en los casos que el sujeto activo pretenda una expropiación parcial.

25.2 El sujeto activo de la expropiación podrá negarse a acudir al arbitraje, sólo cuando el sujeto pasivo tenga domicilio legal fuera del territorio de la República.

25.3 La comunicación a que se refiere el primer párrafo del presente artículo suspende el cómputo del plazo de caducidad contemplado por el artículo 531 del Código Procesal Civil».

«Artículo 35.- Aplicación supletoria de la Ley General de Arbitraje

En todo lo no previsto por este Título se aplicará la Ley General de Arbitraje».

arbitral, fue valorizada procediéndose a reparar los daños y perjuicios que se generaban por la expropiación.

Posteriormente, han surgido otros procesos, ya no dentro del marco de la ley mencionada, sino con los poseedores de dichos inmuebles que también han resultado exitosos, así como con las comunidades propietarias de terrenos en Chincheros para la construcción del Aeropuerto para la ciudad del Cusco.

En efecto, resulta que el Estado peruano no tenía la posesión de determinados inmuebles, habiendo iniciado la acción de desalojo ante el Poder Judicial, dichos procesos fueron motivo de sendas nulidades de sentencia que motivaron se retrotraigan los procesos luego de varios años de litigio hasta el inicio de la demanda. Esto llevó a las partes, tanto a los posesionarios como al Estado peruano, propietario de dichos inmuebles, a suscribir un acuerdo de transacción extrajudicial para recurrir a la vía arbitral en donde se discutió la pretensión de desalojo y se discutió la pretensión reparatoria por las mejoras que habían sido introducidas a los predios que ocupaban los posesionarios.

Las partes pactaron que se lleve a cabo arbitrajes de conciencia y pactaron la desocupación de los inmuebles contra la notificación de la emisión del laudo arbitral.

Esta competencia arbitral que nació como consecuencia a un acuerdo de transacción extrajudicial, ha permitido resolver conflictos que se encontraban inmersos en el Poder Judicial desde hace 4 ó 5 años en plazos de sesenta y noventa días (dos y tres meses hasta un año).

Estos procesos de desalojo culminados en este plazo récord y donde las partes han quedado satisfechas, llevados a cabo tanto contra los propietarios originales como contra los posesionarios, ha permitido que se logre el objetivo de entregar los terrenos aledaños al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

Recientemente, también, han culminado con éxito los procesos arbitrales relacionados a la expropiación de terrenos pertenecientes a diversas comunidades en la zona de Chincheros-Cusco, en donde se ejecutará la obra del nuevo aeropuerto para dicha ciudad, al amparo de la Ley n.º 29908, que autorizó al Gobierno Regional del Cusco, a iniciar los procesos contra las comunidades Ayllu Pongo, Yanaconas y Raqchi Ayllu, los mismos que han culminado con el depósito en el Banco de la Nación, de los montos señalados en sendos procesos arbitrales.

Por último, se ha publicado el 22 de mayo de 2013 en el Diario Oficial «El Peruano», la Ley n.º 30025,³ la misma que ha sido denominada «Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes

³ Artículo 8.- Proceso de expropiación por vía arbitral o judicial

- 8.1. Concluida la etapa de trato directo, conforme a lo regulado en el artículo 6 de la presente Ley, sin que el sujeto pasivo haya aceptado la oferta de adquisición, esta última se considera rechazada y se da inicio a la etapa de expropiación en la vía arbitral, a elección del sujeto activo de la expropiación, aplicándose lo establecido en la Ley n.º 27117, Ley General de Expropiaciones.
- 8.2. El sujeto pasivo de la expropiación puede oponerse a acudir al arbitraje dentro del plazo máximo de diez días hábiles de recibida la comunicación del sujeto activo. En caso de no manifestar expresamente su negativa, dentro del plazo señalado, se entiende que el sujeto pasivo ha aceptado someterse al arbitraje.
- 8.3. A la demanda de expropiación, el sujeto activo debe anexar la consignación en el Banco de la Nación por el monto del valor total de la tasación, determinado conforme al artículo 5 de la presente Ley, a favor del tribunal arbitral o de la autoridad judicial respectiva, según corresponda.
- 8.4. En su oportunidad, la autoridad jurisdiccional respectiva, realiza la entrega de lo consignado a favor del último propietario, independientemente de su condición registral. En caso de controversia sobre el mejor derecho de propiedad, el tribunal arbitral o la autoridad judicial responsable del proceso expropiatorio, remite el certificado de consignación al juez que conoce la citada causa, quien oportunamente, decide su entrega final al legítimo propietario del bien expropiado.
- 8.5. Terminado el proceso arbitral o judicial, según sea el caso, y verificado el pago del monto determinado por el tribunal arbitral o juez, en el plazo de veinte días hábiles el tribunal arbitral o el juzgado, según corresponda, dispone la inscripción, con mérito ejecutivo, del derecho de propiedad a favor del sujeto activo o beneficiario de la expropiación, según corresponda, en la correspondiente oficina registral del Registro de Predios de la Sunarp.

inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura» (se incluye infraestructura vial, aeroportuaria, ferroviaria, portuaria, turística, entre otras).

Esta norma toma en cuenta esta historia de éxito del arbitraje en materia expropiatoria, señalando que será el sujeto activo de la expropiación (sea el Ministerio del sector competente, o el Gobierno Regional o Local) quien, luego de agotada la etapa de negociación directa, sin que se haya llegado a un acuerdo, dará inicio a la vía arbitral (salvo oposición expresa del sujeto pasivo).

2. FINALIDAD

Lo que se busca mediante el arbitraje es establecer el valor objetivo del bien expropiado, así como la determinación de la reparación por los daños y perjuicios que se generen para el sujeto materia de la expropiación.

Esta transferencia forzosa de la propiedad a favor del Estado (autorizada por la ley) requiere el pago de una indemnización justipreciada que incluya una compensación por los eventuales daños y perjuicios, para lo cual el Estado deberá valorizar el inmueble emitiendo una oferta al expropiado, y ésta deberá aceptarla o rechazarla. En caso de rechazarla, se podrá acudir a vía arbitral para establecer el monto correspondiente.

Es necesario recordar que la valorización de los bienes producto de la expropiación, históricamente se efectuaba mediante el Poder Judicial. El Código Procesal Civil regula en sus artículos 519 a 532 la competencia de los jueces, señalando cuáles deben ser los requisitos de

8.6. La expropiación, tramitada en la vía arbitral o judicial, concluye con la entrega efectiva del bien inmueble a favor del sujeto activo, salvo que se haya otorgado la posesión provisoria conforme a lo regulado en el artículo 11 de la presente Ley.

la demanda, el emplazamiento de terceros al proceso, la reconvención, las audiencias (tanto de cancelación como de prueba) los plazos de caducidad, la posesión provisoria, entre otros. Sin embargo, la práctica, tanto antigua como reciente en nuestro país, ha demostrado que este camino toma largos años, desnaturalizando la esencia de la expropiación, y la finalidad para la que se requería el bien, por lo que se ha considerado una vía más expeditiva como la arbitral para lograr los objetivos deseados.

Las ventajas del arbitraje, tales como la celeridad, especialización, flexibilidad procesal e incluso confidencialidad, han hecho de este mecanismo uno idóneo para lograr la transferencia de propiedad de manera ordenada, rápida y justa.

No debemos olvidar que en el campo de las afectaciones al derecho de propiedad, la figura de la expropiación se presenta como una de las facultades del Estado más sensibles dentro de un sistema jurídico que consagra un Estado de derecho, es por ello necesario que esta facultad expropiatoria, se encuentre enmarcada dentro de un espectro normativo que concibe el derecho de propiedad de los particulares y los principios que comparten la regulación y el interés público.

Esta opción de privilegiar el interés social frente al interés particular, en cuanto al derecho a la propiedad, debe hacerse cancelando y/o pagando el valor justo del bien materia de expropiación, incluyendo este concepto, no sólo el valor del bien sino la compensación por el eventual perjuicio, tal como puede ocurrir con el lucro cesante.

Así, la propia Constitución lo señala en el artículo 70, al indicar que «El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad, sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por

el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento».

Este tratamiento constitucional no sólo se expone a través de los artículos 2 y 70 de la Constitución, sino que también es preciso atender a lo señalado por el artículo 195 del texto constitucional, el cual señala, refiriéndose a los gobiernos locales, que éstos promueven el desarrollo y la economía local y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo, siendo competentes, entonces, para desarrollar y regular, entre otras actividades, aquéllas relativas en materia de salud, educación, saneamiento, medio ambiente, tránsito, conservación de monumentos históricos, arqueológicos y culturales.

En suma, la progresiva ampliación de las potestades administrativas, limitadoras del derecho de propiedad, ha quebrado la concepción tradicional de este derecho y ha puesto sobre la mesa una concepción de la figura de la expropiación, recortándose su aplicación a la seguridad nacional y la necesidad pública, encontrando su justificación en función de un derecho de propiedad interpretado dentro de un contexto social, que no es otra cosa que la materialización del principio general de subordinación de toda riqueza, en sus distintas formas al interés general.

Esta materialización se encuentra normativamente expresada en la Ley General de Expropiaciones, aprobada mediante Ley n.º 27117.

Que así el Estado, a través de la Ley General de Expropiaciones, además de ratificar las causas de su aplicación, ha definido la concepción del instituto mismo, señalando que la expropiación es la «transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso a favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales, y previo pago en efectivo, de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio».

Al respecto, Guerra Cerrón⁴ señala que se entiende que la expropiación —también llamada dominio eminente— es el acto administrativo que se caracteriza por la compra y venta o transferencia forzosa, a través de la cual se priva de la propiedad a su legítimo titular, como consecuencia del ejercicio del poder soberano del Estado.

Asimismo, para Gutiérrez Camacho⁵ la expropiación es la expresión más radical de las limitaciones al derecho de propiedad, ya que elimina la «perpetuidad» de este derecho, para trasladarlo a la esfera patrimonial del Estado.

3. ELEMENTOS DE LA EXPROPIACIÓN

En cuanto a los elementos que encontramos en un proceso de expropiación, el primero de ellos está referido a la utilidad pública como elemento causal. La exigencia de que la expropiación responda a una causa de utilidad pública, constituye, para los administrados, una garantía constitucional establecida en resguardo de la propiedad privada.

Sobre el particular, Garrido Falla⁶ menciona que:

Tradicionalmente se viene justificando la potestad expropiatoria por razón de la utilidad pública que representaban las obras causantes del sacrificio de propiedades particulares. Es indudable que la expresión de utilidad pública es lo suficientemente amplia como para cubrir cualquier supuesto expropiatorio, a lo más,

⁴ GUERRA CERRÓN, J. María Elena. «El procedimiento especial de expropiación y el proceso de expropiación. Análisis de la Ley n.º 29320». En *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, tomo 184, pp. 109 y 112.

⁵ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. «La expropiación». En *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, tomo v, p. 213.

⁶ GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*: Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, vol. I, parte general, p. 665.

podría haberse pensado en su sustitución por la noción aún más comprensiva, de interés público.

Asimismo, debe resaltarse que la necesidad o interés público o seguridad nacional que justifica la expropiación, será plasmada en una ley, denominada —como hemos visto— ley autoritativa, en la cual no necesariamente deberá individualizarse el bien o los bienes a expropiarse; sin embargo, sí es una exigencia que tales bienes sean determinables; es decir, que posteriormente se deban individualizar. Es decir, que para el acto mismo de la afectación, deberá consignarse el bien, de manera específica.

En segundo lugar, se tiene al bien materia de expropiación como elemento objetivo. El objeto de la expropiación es la propiedad; vale decir, todos los derechos patrimoniales de contenido económico. No será posible expropiar derechos inherentes a la personalidad, honor, libertad, entre otros y se circunscribe a la propiedad, incluso el subsuelo y el sobresuelo.

El tercer elemento está constituido por los sujetos del proceso expropiatorio.

Los sujetos necesarios de la relación jurídica expropiatoria son el expropiante (sujeto activo) y el expropiado (sujeto pasivo). Puede haber un tercer sujeto voluntario, el beneficiario, cuando el bien no se expropia para el expropiante, sino para un tercero.

El sujeto activo, conforme refiere Dromi,⁷ es quien ejecuta la declaración de utilidad pública, impulsa el trámite para consumir el desapropio y paga la respectiva indemnización.

⁷ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2005, 1.ª edición, tomo II, p. 822.

Así, de conformidad con el artículo 10 de la Ley General de Expropiaciones, «se considera sujeto activo de la expropiación a la dependencia administrativa que tendrá a su cargo la tramitación del proceso de expropiación, siendo obligatorio individualizar al beneficiario de la expropiación, que podrá ser el mismo sujeto activo de la expropiación o persona distinta, siempre y cuando sea una dependencia del Estado».

En cuanto al sujeto pasivo o expropiado, es el titular del bien objeto de la declaración de utilidad pública. En efecto, el artículo 11 de la Ley General de Expropiación expone:

- 11.1. Se considera sujeto pasivo de la expropiación al propietario contra quien se dirige el proceso de expropiación. Asimismo al poseedor con más de 10 (diez) años de antigüedad que tenga título inscrito, o cuya posesión se haya originado en mérito a resolución judicial o administrativa o que haya sido calificado como tal por autoridades competentes, según las leyes especializadas.
- 11.2. Cuando el bien se encuentre inscrito a nombre de único titular del derecho de propiedad, el proceso de expropiación se entenderá con éste, salvo la existencia de poseedor que adquirió por prescripción, conforme al numeral 11.1.
- 11.3. En los casos en que exista duplicidad registral, se entenderá como sujeto pasivo de la expropiación a aquél que tenga inscrito su dominio con anterioridad; o exista proceso judicial o arbitral que discuta la propiedad del bien a expropiarse, que conste en el registro respectivo, se retiene en pago del monto de la indemnización justipreciada que incluye compensación, hasta que por proceso arbitral o judicial, debidamente consentido y ejecutoriado, se determine el mejor derecho de propiedad.
- 11.4. Cuando el bien no esté inscrito, el sujeto activo de la expropiación publicará un aviso una vez en un diario de circulación nacional y dos veces en un diario de mayor circulación del lugar en donde se encuentre ubicado el predio objeto de expropiación, con un intervalo de 3 (tres) días. El referido aviso debe contener:

- a) El sujeto activo de la expropiación y su domicilio legal.
 - b) La ubicación exacta del inmueble.
 - c) El plazo que tendrá el afectado para presentarse que será de 10 (diez) días contados a partir de la última publicación.
- 11.5. El afectado o su representante legal deberá presentar documento público o privado de fecha cierta que pruebe su titularidad. En caso de presentarse dos o más afectados, el proceso se entenderá con aquél que presente documento público de fecha más antigua.
- 11.6. Cuando no se presente ningún afectado se indemnizará a los poseedores, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 912 del Código Civil.
- 11.7. Cuando no exista poseedor, se presume que el bien es del Estado, sin perjuicio del derecho de reivindicación al justiprecio que podrá ejercer el propietario.

Finalmente, el otro elemento constitutivo de la expropiación lo conforma la indemnización como la manifestación material del instituto. En efecto, la indemnización es una compensación económica debida al expropiado por el sacrificio impuesto por el interés público.

De acuerdo con el artículo 15 de la Ley General de Expropiaciones, la indemnización se encuentra integrada por: (i) el valor de la tasación comercial actualizada y (ii) los daños y perjuicios ocasionados y debidamente acreditados. El sentido es que el sujeto pasivo sea plenamente compensado con el valor real del bien objeto de expropiación y por los daños que pudieran irrogarse con la expropiación misma.

El artículo 15, numeral 15.1 de la Ley General de Expropiaciones, Ley n.º 27117, señala que la indemnización justipreciada comprende, en primer lugar, el valor comercial debidamente actualizado del bien que se expropia, el cual no puede ser inferior al valor de tasación realizado por el Ex Consejo Nacional de Tasaciones (Conata) ni superior a la estimación efectuada por los demandados.

4. PRETENSIONES USUALMENTE SOLICITADAS COMO PUNTOS CONTROVERTIDOS

Las pretensiones que, normalmente, se ventilaron en las expropiaciones de los terrenos aledaños al Aeropuerto Jorge Chávez, fueron las de determinar si correspondía declarar que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones era propietario por expropiación del bien inmueble en el Registro de Predios del Callao.

Determinar si el área a expropiar debía ser igual al área inscrita en la partida registral del inmueble o sólo debía ser el área necesaria para ejecutar esta obra de gran envergadura.

De ser el caso, que el tribunal arbitral determinara si el laudo que se emita era título suficiente para la inscripción de la propiedad del inmueble materia de expropiación a nombre del Ministerio de Transportes y Comunicaciones como sujeto activo de la expropiación.

Se solicitaba lógicamente determinar el valor de la indemnización justipreciada del bien materia de expropiación según lo expuesto por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su escrito de demanda o, por el contrario, la suma según lo expuesto por el sujeto expropiado en su escrito de contestación de demanda y reconvención. Estos montos comprendieron:

- El valor comercial del inmueble materia de expropiación.
- El pago equivalente al 10% del valor comercial del inmueble, conforme al literal d) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley n.º 27117.⁸

8 Artículo 7.- De la expropiación para obras de gran envergadura

7.1. [...]

d) Si en el plazo a que se refiere el inciso a) el sujeto activo no dicta las resoluciones correspondientes a alguno de los inmuebles comprendidos en el área señalada en

- Si procedía otorgar a la empresa expropiada el monto equivalente a los intereses generados por los meses en que, dentro del plazo de dos años, se retrasó la resolución para la ejecución de la expropiación, referidos en el literal c) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley n.º 27117.
- Asimismo, determinar si correspondía ordenar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones cumplir con el pago equivalente a los daños y perjuicios incluyendo el daño emergente y el lucro cesante.

Estas pretensiones antes señaladas, llevarían a pensar que se trata, a simple vista, de un procedimiento simple; sin embargo, ello no es así.

Una demanda típica de expropiación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez solicitaba como pretensión principal que se declare al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, propietario del bien inmueble ubicado en los terrenos adyacentes al Aeropuerto, los mismos que en la mayoría de los casos se encontraban inscritos en los Registros Públicos del Callao (existieron procesos sobre bienes no inscritos o en trámite de prescripción adquisitiva, casos de superposesión, entre otros), estableciendo que el valor de la indemnización justipreciada ascienda a un valor por m² del terreno que previamente había sido valuado por la Dirección Nacional de Construcciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, un valor por la edificación y un valor por las obras complementarias.

Como pretensión accesoria, se solicitaba que como consecuencia de declarar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones propietario por expropiación del inmueble, el sujeto pasivo cumpla con entregar

la resolución provisional, su propietario puede exigir, adicionalmente a lo establecido en el inciso c), el pago de un monto equivalente al 10% (diez por ciento) del valor comercial del inmueble.

dicho bien al Ministerio de Transportes y Comunicaciones una vez que se haya cumplido con la cancelación de la indemnización en su favor.

En algunos de los casos llevados a cabo, el propietario registral no se encontraba en posesión del inmueble, por lo que era materialmente imposible entregar el bien, para lo cual el desalojo debía ser efectuado por el propietario, cediendo la posición procesal, en caso se hubiere iniciado un proceso ante el Poder Judicial o de no haberlo iniciado el sujeto pasivo, deberá —una vez transferida la propiedad— iniciarlo el Estado de manera directa.

Incluso, el Estado dictó una norma en donde se les otorgaba determinados beneficios para efectos de retirarse del bien, ya de propiedad del Estado.

Asimismo, como pretensión accesorio, se solicitaba se declare que el laudo es título suficiente para inscribirlo en el Registro de la Propiedad Inmueble, a nombre del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y se solicitaba también el que ambas partes asuman el costo proporcional de los gastos del arbitraje.

En muchos arbitrajes se solicitaba el bloqueo de la partida registral, y en otros se presentaron terceros que tenían derechos registrados, como, por ejemplo, las empresas de distribución eléctrica, los mismos que también eran emplazados con la demanda de expropiación.

Siguiendo con este recuento procesal, el sujeto pasivo aducía que el monto indemnizatorio señalado por el sujeto activo, no representa la indemnización justipreciada del inmueble, solicitando vía reconvenicional el monto que consideraba adecuado por concepto de daños y perjuicios derivado de la expropiación; en algunos casos se trataba de negocios en marcha.

En estos casos era necesario llevar adelante una pericia que tome en consideración todos estos supuestos. Esto generaba una discusión sobre la calidad del uso del suelo, en la medida de que debía establecerse, no sólo la zonificación que corresponde (comercial, industrial o vivienda), sino el uso que se le asignaba a cada una de esas actividades, así como el daño emergente y el lucro cesante.

Ambas partes presentaban los parámetros urbanísticos y edificatorios expedidos por la Municipalidad Provincial, así como contratos de compraventa efectuados en la zona y cualquier documento probatorio que permita a los árbitros ajustar el valor a lo que realmente correspondía.

Los peritos que intervinieron en los diversos arbitrajes establecieron, para señalar el valor de mercado, una serie de criterios técnicos en razón de la cercanía con vías principales o arteriales, el uso del suelo, la vocación o distancia de los inmuebles de la zona (industrial, comercial, agrícola), entre otros criterios, para determinar el valor del inmueble, además de realizar inspecciones en los inmuebles y verificar la situación del terreno y sustentar el informe pericial en la audiencia convocada, para ese efecto, por el tribunal arbitral.

No menos complejo resultaban aquellos arbitrajes en donde, adicionalmente, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitaba la posesión provisoria del terreno por el cual se entregaba en favor del sujeto pasivo, el certificado de consignación que había sido entregado por el Estado como recaudo de su demanda, habiéndose generado conflictos sobre la obligación de su aceptación por parte del expropiado, que dudaba del pago final que debía realizar el Estado producto de la decisión arbitral, argumentando que sin posesión, el Estado se vería tentado a no cumplir con lo decidido en el laudo, viéndose el sujeto pasivo en desventaja, al haber sido despojado del inmueble por una medida provisional, y sin que medie el justo pago.

Algunos tribunales arbitrales rechazaron esta solicitud de entrega provisional del terreno, a resueltas del laudo definitivo y el pago del justiprecio por parte del Estado.

Como conclusión de esta reseña, cabe señalar que los objetivos del proceso arbitral en materia expropiatoria, se cumplieron a cabalidad, es decir, se perfeccionó la transferencia del bien a favor del Estado y se pagó la indemnización a los sujetos expropiados, tratándose en todos estos arbitrajes, de cumplir la máxima que señala que «La expropiación no debe empobrecer ni enriquecer al expropiado, sino dejarlo en una igual situación económica».

ARBITRAJE Y CONTRATACIÓN PÚBLICA EN BOLIVIA. DESAFÍOS ACTUALES

*Bernardo Wayar Caballero**

Esta noche quiero compartir con ustedes algunas preocupaciones que yo tenía en el funcionamiento del control constitucional respecto al arbitraje. Este año el panorama se esboza más amplio en materia de arbitraje y contratación pública.

Y nos preguntamos cuáles son, obviamente, los desafíos actuales, si bien en Bolivia a partir de la primera Constitución Política del Estado de 1829, reconocía el arbitraje, no reconocía el arbitraje con la participación del Estado, sus instituciones o sus empresas estatales.

Fue recién en el año 1997, luego de la aprobación de la Ley n.º 1770 del Arbitraje y Conciliación que se incorpora la posibilidad de

* Abogado por la Universidad Anáhuac (México D.F., México) y por la Universidad Mayor de San Andrés (La Paz, Bolivia) graduado con máximos honores. Socio Senior y Director Ejecutivo de Wayar & Von Borries Abogados S.C. Miembro Principal por Bolivia del Consejo Superior de la Universidad Andina «Simón Bolívar» (2008-2013). Fue Presidente del Colegio de Abogados de La Paz por la gestión 2008-2012; Subsecretario de Justicia del Ministerio de Justicia de la República de Bolivia (1994-1997); Conjuez de la Corte Superior de Justicia de La Paz (2002-2008); y Conjuez de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (2008-2009). Es Profesor a nivel maestría de Derecho Administrativo, de Derecho Constitucional, Contratos Bancarios y de Seguros, así como de Arbitraje en la Universidad Andina Simón Bolívar. Profesor de Negociación y Arbitraje Comercial de la Maestría de Derecho Corporativo de la Universidad Privada de Santa Cruz (UPSA), Profesor de Arbitraje del Postítulo de Derecho Arbitral-Universidad La Salle-Colegio de Abogados de La Paz, entre otros.

que el Estado y/o entidades públicas, puedan someter sus controversias mediante arbitraje, el artículo 4 de la Ley n.º 1770 señala lo siguiente:

Podrán someterse a arbitraje aquellas controversias en las que el Estado y personas jurídicas de Derecho Público son partes interesadas, siempre que versen sobre derechos disponibles, y deriven en una relación jurídica patrimonial de Derecho Privado o de naturaleza contractual.

Este artículo fue uno de los más debatidos en el Congreso en ese momento, pues hasta ese entonces el Estado no era parte del arbitraje, las instituciones públicas no eran parte del arbitraje; y peor, aun cuando tenemos la oportunidad de someter a arbitraje las controversias provenientes de una relación jurídica patrimonial de derecho privado, o de la naturaleza contractual; es decir, esto abre la posibilidad a arbitrajes que emerjan de disputas de relaciones contractuales. Por ejemplo, de contratos de concesión de administración y gestión de caudales, de tasas, y el segundo punto del artículo 4 señala que, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, el Estado y las personas jurídicas de derecho público, tienen la plena capacidad para someter sus controversias a arbitraje nacional o internacional dentro y fuera del territorio nacional, sin necesidad de autorización previa.

Con este punto «sin necesidad de autorización previa», se acaba la discusión que había en Bolivia, luego de la aprobación del Código Civil de 1976, que señalaba que para que exista arbitraje, las partes tenían que expresar su consentimiento luego de que se presentase la ilicitud.

En ese momento discutían, entonces, si es que el Estado, o una de sus instituciones públicas quisiera participar en un arbitraje, tendría que obtenerse una aprobación; una autorización del Congreso que otorgue el consentimiento necesario. En este caso, se finaliza la discusión y la ley ya lo prevé.

El arbitraje, a partir de ese momento, fue consolidándose en el Estado hasta diez años después, cuanto, tenemos un fallo en un arbitraje de inversiones que da lugar a la crisis del arbitraje en Bolivia, principalmente, en materia de contratación pública o en materia administrativa, en general. En el caso Quigoraz-Estado de Bolivia, por el tema de actos de corrupción y cuestiones irregulares en un tema de concesiones mineras, en las que el Estado denuncia penalmente a los funcionarios involucrados.

Para ello el tribunal dicta medidas provisionales para que se tenga que seguir con el desarrollo normal del proceso arbitral, pues algunos funcionarios denunciados eran testigos en el arbitraje, en las que ordena al Estado, se cese cualquier proceso penal en contra de cualquier persona involucrada en el caso, fue un caso bastante polémico, al margen de que estemos de acuerdo o no con eso.

En ese momento, Bolivia empieza a ver que el arbitraje no era una buena solución, que existía un riesgo de que no se respete el derecho, la soberanía; entonces, Bolivia denuncia a la Convención de Washington y se inicia una campaña de desprestigio del arbitraje, argumentando, principalmente, que las instituciones públicas el 45% de los casos pierden, pero obviamente, esos casos no se pierden porque los tribunales arbitrales tienen cierta parcialidad hacia las empresas privadas o privados, simplemente, porque cuando se suscitan controversias con instituciones estatales, los funcionarios públicos que cometieron los errores, aun sabiendo que no tienen la razón no enmiendan por miedo a la responsabilidad que pudiesen tener luego por las leyes de responsabilidad de funcionarios públicos.

En ese sentido es que pierden, desprestigiándose el arbitraje, y esta crisis se hace evidente de diferentes maneras. Primero, la participación de entidades públicas en el arbitraje.

Para dar un ejemplo de cómo es la defensa de estas entidades, menciono lo siguiente. Como hemos visto, la ley establecía que el Estado puede ser parte en determinados procesos, basándose en dos artículos.

El artículo 63 establece que la autoridad judicial competente anulará el laudo arbitral por las siguientes razones; y una de ellas es que la materia sea no arbitral.

Vamos al artículo 6 de la ley, que establece cuáles son las materias excluidas del arbitraje: «No podrán ser materia de arbitraje, las cuestiones concernientes a las funciones del Estado como persona de derecho».

El primer caso sonado en Bolivia fue el caso *Proder* contra Servicios Nacionales. *Proder* es una empresa de servicios financieros encargada de recaudar el pago de impuestos.

Hubo una controversia respecto a ese servicio que le prestaba esta entidad al Servicio de Impuestos Nacionales. Ésta le impone una multa millonaria a la entidad financiera, iniciando ésta un arbitraje, llegando al arbitraje.

El Servicio de Impuestos Nacionales estaba consciente de que estaba equivocado antes de iniciar el arbitraje, pero decidieron seguir el curso del arbitraje por temor a la Ley de Funcionarios Públicos; y luego de emitido el laudo arbitral, las autoridades se cambian. Transcurre el desprestigio que les comenté, y empiezan a decir que todas las funciones del Estado son como persona de derecho público, y que el Servicio de Impuestos Nacionales, lo que hace, es recaudar; siendo una función propia del Estado; y, obviamente, cualquier contrato que pudiera tener con particulares para esa recaudación, no podía ser llevado a arbitraje.

Es así que aquel tipo de razonamiento fue rechazado por las Cortes. En ese momento, todas las entidades públicas comenzaron a utilizar ese tipo de argumentación.

Otra de las señales lamentables fue el hecho de que el Estado y las personas de derecho público, dejaron de pactar el arbitraje en los contratos, incluso en aquellos contratos que, tradicionalmente, incluían pactos arbitrales.

Ese tipo de medidas nos dieron cuenta de que traían consecuencias negativas. Primero, porque se pierde el atractivo para los inversores. Bolivia se ha dado cuenta de que los inversores requieren cláusulas arbitrales y tribunales arbitrales imparciales para resolver sus controversias.

Entonces, la solución de las controversias se encarece, teniendo una ventaja en el arbitraje; que es el tiempo, la celeridad que tiene y, bueno, la economía que tiene por esa celeridad.

Las ejecuciones de obra quedaron congeladas por las controversias que surgieron en los tribunales judiciales, hace ya cinco años; tres años esperando que se resuelva en otros cinco o cuatro años; disminuyéndose la predictibilidad en la resolución de las decisiones que ponen fin a las disputas.

Así, por una decisión que se tomó en el caso *Quigoraz*, el Estado le perdió confianza al arbitraje, pero empieza a tener resultados positivos en los procesos arbitrales locales e internacionales, dándose cuenta el Estado del beneficio del arbitraje. Es así que retoma la confianza progresivamente en el arbitraje.

¿Y qué señales alentadoras tenemos en estos últimos cuatro meses? Pues, algo bastante reciente, convocándose a todos los actores a sugerir el cómo incorporar y perfeccionar el arbitraje; contando ahora con un panorama de cambio en Bolivia; con nuevos desafíos. Desafíos enfocados al arbitraje internacional porque el arbitraje local ha sido limitado, planteando más interrogantes; tales como: ¿qué pasará con el arbitraje internacional si existen árbitros de diferentes nacionalidades; o que existan instituciones que propulsen el arbitraje con sede en Bolivia?

Esperemos que la situación no se negativice, pues la cantidad de árbitros especializados en arbitraje en Bolivia es muy corta; por ejemplo, cuando tenemos una empresa minera en contra del Estado, probablemente, va a tener de abogados a la mitad de los árbitros que conocen de arbitraje; y el 80% restante de abogados, tendrán conflicto de intereses; y el 20% restante, no conocerán de la materia. Entonces, yo creo que va a ser importante tener que conocer dentro del arbitraje a la posibilidad de que existen entidades administradoras en materia de arbitraje o la Ciadi que, con un arbitraje en sede Bolivia, puedan permitir que el arbitraje se reconozca como arbitraje nacional; que resuelvan las controversias, con la posibilidad de tener tribunales arbitrales con árbitros extranjeros.

DEBEMOS DEJAR DE ARBITRAR COMO SI FUÉRAMOS JUECES: DEBEMOS APRENDER A ARBITRAR

*Fernando Cantuarias Salaverry**

Más allá del ámbito de la realidad, no de la estupidez, se contractualiza lo que es contractual.

Que si hay facultades exorbitantes, sean transparentes, y en base a esas facultades, yo contrato y se resuelve, sea por árbitro o por juez, yo no encuentro realmente razón a este hecho. Es una payasada.

Conversaba con amigos colombianos en Colombia: «pobrecitos los árbitros son jueces». Eso ha dicho su tremenda corte constitucional; pero, sin embargo, ha dicho que los árbitros, no pueden conocer cuestiones administrativas vinculadas a facultades exorbitantes; que son jueces o no son jueces?

A ese nivel de estupidez llegamos en América Latina; mientras tanto, la corrupción sigue adelante. Las contrataciones son pésimas y las obras públicas en nuestros países esperan un siguiente ciclo; de manera que el tema se va agudizando y que nos concentramos más en un tema de cómo contratamos; cómo hacemos que el Estado contrate.

Y, segundo, cómo hacemos que el Estado sea menos corrupto; cosa que está bien, pues la corrupción es una cosa pavorosa. Dicho esto, yo quería un poco compartir con ustedes algo que a mí me preocupa. No sabemos arbitrar; nos creemos árbitros.

* Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.

Algunos coleguitas que han leído la ley de arbitraje, uno tiene la estúpida idea de que ser abogado es igual a ser árbitro. Yo soy abogado y no me atrevo a ni siquiera llenar mi declaración jurada de impuesto a la renta. Yo tengo ahí colgado un diploma que dice que soy «abogado», pero aquí somos tan imbéciles y tan irresponsables y con una ética del tamaño de un melón; que, simplemente, somos abogados y ya somos árbitros, y lo demostramos todavía en la cancha, cuando no sabemos arbitrar «nada», y somos unas reses absolutas, pero somos grandes árbitros.

¡Ah!... yo tengo cincuenta casos... yo tengo, ¿cuánto?... ¡ochenta estupideces! Porque no se interesa. Lo peor de todo es que somos tan estúpidos que, ni siquiera se interesan en aprender; porque lo que voy a decir no es novedad para aquella gente que, activamente, tiene la decencia de decir «quiero ser árbitro, pues aprendo a ser árbitro» fíjense ustedes. Es cierto, claro.

Muchas cosas han pasado peores en este país; pasando a un sistema pésimo, regulado en el año 1995 con una vergüenza absoluta, con nuestro Código Civil modernísimo del año 1984 con cláusula de compromiso. Metimos una serie de vainas; metimos el tema de la figura del convenio arbitral; el tema del *kompetenz-kompetenz*; libertad de procedimiento; recursos tasados contra el laudo.

Todo eso pasó y pasó piola; no hubo mayor discusión. La doctrina guardó silencio; el Poder Judicial lo aceptó todo. Pasó piola.

Luego, en el 2008 eso permitió el crecimiento del arbitraje muy significativo. El 2008 ya todos estábamos aburridos. ¿Por qué no pasa nada en este país? Y dijimos: «vamos a producir más cosas complicadas». Tampoco ha pasado nada; nadie ha dicho nada. Metimos un cambio significativo, que es el cambio de formalizar el convenio arbitral, que el 99% de los abogados no saben qué es.

Por otro lado, es el nivel de ignorancia con el que nos manejamos. Esto es un contrato cualitativo. Esta figura del convenio arbitral ya no requiere de una formalidad *ad solemnitatem*, sino que basta una formalidad *ad approbationem* y eso viene vinculado; es decir, esta figura viene vinculada a un convenio por escrito, pero unido más al tema de probanza del acuerdo de voluntades antes de a una forma; y muchísimo más unido a la inclusión de los terceros en el siglo XIV.

Sigue siendo un artículo polémico para muchos hasta ahora. Ha pasado —entiendo yo— con honestidad lo digo, en los fallos judiciales peruanos. Ha pasado bastante bien; ha sido bastante bien entendido por las cortes.

Pero, repito, una de las cosas fundamentales del arbitraje —y eso está desde el año 1996— es que los acuerdos arbitrales son, esencialmente, regidos por arreglo de las partes; es decir, una vía radicalmente distinta al Poder Judicial, pero qué hacemos los grandes árbitros peruanos; primero: designación del árbitro, que es esencial; nadie sabe designar árbitros. Designamos al «pata»; al «yunta»; al padrino del hijo; al coleguita.

Bajo ningún tipo de análisis; alguno acerca de quién debe ser al árbitro en un caso concreto, en un país, y por eso, muchos pensamos... como ayer comentábamos con un querido amigo mío, que los plazos para designar eran muy largos. Me dieron unas ganas de comenzar a reírme a carcajadas. Todos los trámites eran muy cortos, salvo si no me gustase pensar; entonces, crees que en un minuto se le ocurre quién es el árbitro que va a intervenir en un caso complejo, de esos que requieren cualidades particulares. Yo estaba en tiempos de la ley de arbitraje, y estuve en una batalla que yo perdí porque los plazos son sumamente cortos. Tuve que ajustar de tomar una decisión tan relevante como es el de designar árbitros. Concluyo que no sabemos designar árbitros.

El arbitraje hoy en día se viene poniendo cada vez más complejo. No el arbitraje con el Estado; no es de éstos que estamos conversando ahora, sino de esta tontería con el Estado, entre un proveedor y la entidad pública; papayita el caso. Además, el arbitraje es obligatorio; es muy sencillo. Donde tenemos a quien es una de las partes: el proveedor, y a quien es la otra parte: el Estado o la entidad pública. Listo y se acabó. No hay más que discutir.

Estoy hablando de un arbitraje entre privados. La concretización de los negocios hace que hoy en día sea muy difícil encontrar a quiénes serán las partes; pues, con relaciones jurídicas donde no solamente hay un contrato entre las partes, sino al contrario, hay varios contratos entre las partes; los que se denominan «contratos coaligados», vinculados a una misma operación. Debo guardar reserva sobre el caso, pero puedo mencionar aspectos generales.

Me pasó alguna vez; hace algunos años, un caso en el cual cuatro grupos familiares se pusieron de acuerdo para celebrar un contrato marco, a fin de ejecutar un negocio. Para llevar a cabo ese negocio, tuvieron que celebrar como quince contratos, pero los quince contratos devenían de este acuerdo marco; a eso lo denominamos «acuerdos coaligados». O podemos también mencionar que en estos casos, se da la presencia de más de dos partes en un arbitraje; ¿y qué está pasando en el Perú?

Lo que está pasando es que, desgraciadamente, tenemos situaciones como la siguiente.

¿Qué pasó hace poco en la Cámara de Comercio de Lima? Y lo puedo mencionar porque yo no fui árbitro; así que lo puedo decir libremente, porque me parece una barbaridad de regla general.

Paso a comentarlo.

Una empresa demanda a dos empresas. Una de las empresas demandadas era la hija 100% de ésta. ¿Qué pasó? El reglamento del Centro de Arbitraje —si se le puede llamar reglamento— establece que para administrar este caso, los demandados, en conjunto, debían nombrar juntos un árbitro; es decir, el demandante nombraba su árbitro, y en el momento en que estos codemandados que no son una sola parte, ya que una, repito, era hija de la demandante, tenía que ponerse de acuerdo para nombrar el árbitro, y tuvo que ponerse de acuerdo —por obvias razones— lo hizo atentando flagrantemente contra el derecho de igualdad de las partes.

Esto —lo tengo que mencionar— lo hizo la Cámara de Comercio de Lima, y lo hizo mal el principal centro de arbitraje del país. Pasa todos los días. ¿Por qué? Nos enfrentamos —en un país donde el arbitraje tiene que ser de una manera exponencial— a un mercado privado que no ha sabido preponderar momentos que le demanda ese mercado comercial.

Los reglamentos de arbitraje que hay en este país son una vergüenza; todos absolutamente todos, una vergüenza absoluta. Son cavernícolas. No regulan nada de lo que tienen que regular. Y esto es una barbaridad. Como ejemplo puedo citar la «instalación». Díganme dónde dice en la ley de arbitraje; no en la actual, sino en la ley de arbitraje del año 1996, se establece que para realizar un arbitraje, un tribunal tiene que instalarse? ¿Dónde?

Pero, si hoy quiero hacer un arbitraje en la ciudad de Lima, tengo que instalarme, si mis coárbitros son extranjeros. Las partes tienen que pagar para una audiencia que puede tomar quince minutos, ¿cierto?, un montón de dinero. Aparte de que, obviamente, esperar la paciencia de los colegas internacionales, que no tienen un espacio porque no viven a quince cuadras del centro de arbitraje de turno.

Sin embargo, las sobarbadadas de los centros de arbitraje del país deciden instalar; te salen unos costos absurdos. Si uno compara el nivel de pago a los árbitros cuando empezó el sistema en el año 1996, podemos decir que ha cambiado mucho. A lo que hoy en día se paga, ha caído en un 70%; porque los centros creen que «animalizando» el sistema, es como se va a promover el arbitraje.

La imagen que venden y promueven es que «cualquiera» quiera ser árbitro porque es un negocio redondo. No existe una estructura suficiente; mínimamente suficiente. No hay supervisión. Es muy raro que el representante supervise, rarísimo, es una carga para las cortes, o como se llamen las que están encima de los secretarios generales; y, finalmente, repito, su función es la de hacer el juego más moderno en materia de «contratos coaligados»; en materia de «acumulación de pretensiones»; «acumulación de procesos»; y además, todo lo que se espera justamente de un centro de arbitraje moderno.

Eso no existe en un centro de arbitraje en el país. No hay ninguna regla. Entonces, esto es la ley de la jungla. ¿Así queremos desarrollarnos? ¿Queremos un país interesante en materia arbitral?; y qué decir de los árbitros. Nos instalamos... ¡qué lindo instalarse! Admitimos las demandas.

¡Fíjense! Me tiene que llegar; a mí, árbitro, la demanda; y yo tengo que decidir si la admito.

Oigan, ¿dónde dice en la ley de arbitraje, que hay que admitir una demanda? Eso es un rezago judicial. Lo que se hace en todas partes del mundo es lo siguiente: la parte notifica directamente a los árbitros y a la otra parte su demanda; si la otra parte tiene algo que decir, lo dirá; mientras tanto, van a seguir corriendo los plazos para que presente la contestación.

Y aquí tenemos que admitir: somos unas bestias, pero claro, si me tocan colegas que se callan, que se me mudan meses al extranjero y el tribunal arbitral no admite documentos por varias semanas; y el arbitraje se demora.

Qué parte... cuántos de mis coleguitas hacen que deba quedarse esperando la demanda para admitirla. Otros se preguntan: ¿por qué si la llevan al tribunal... pasan horas, pero la admiten.

Entonces, en un arbitraje menos complicado, las partes se pelean poco; los abogados son menos pesados; dictamos ochenta resoluciones; noventa resoluciones; admítase la contestación de la demanda.

¿Perdón...? Irrisoria, pues no sé qué se traen. Y nos tomamos meses de meses muertos, entre que yo recibo la demanda; se me ocurre abrir la caja; entre que verifico si está o no está bien presentado. Otro día la leo; meses... Mientras que el secretario; el bendito secretario prepara el proyecto de resolución y es analizada por los tres árbitros, y cada uno mete su cucharita. Esto toma hasta tres semanas que se corra traslado de la demanda; de ahí, de la contestación; de la reconvención y de cuanto papelucho se presente en el arbitraje.

¿Eso es arbitrar? Y ni qué decir de las audiencias al estilo judicial: una audiencia hoy día; otra dentro de veinte días; otra dentro de tres meses; en vez de concentrar todo en una audiencia única y que haya una verdadera inmediación del tribunal arbitral; eso no existe.

Ahí somos culpables todos porque hay muchos casos. No sé si pueda ser una razón. Otro abogado también dice: «yo ya tengo la lista completa». La absoluta inmediación emite una regla de seis meses.

Es un Código Procesal Civil para cavernícolas, con reglas de pruebas vergonzantes, pero el arbitraje... No, pues, no tengo por qué regirlas con esas normas vergonzantes y hay prácticas internacionales que

ayudan muchísimo en la tarea de probanza que nosotros usamos. Ni siquiera sabemos de su existencia.

Que no las usamos es lo que debemos discutir, porque éste es el mundo del arbitraje; y de ahí, sucesivamente, todas las taras judiciales las trasladamos al arbitraje en el Perú.

Y decimos: «soy árbitro; tengo setenta casos maravillosos como árbitro». Soy un cualquiera porque el arbitraje no solamente es resolver, es ser parte. La regla más importante es saberlo utilizar. La ley de arbitraje peruana traslada la responsabilidad del arbitraje a las partes y al tribunal arbitral cuando se trata de libertad de procedimiento. Es una responsabilidad a la que estamos obligados los que creo que debemos ser llamados «árbitros»; a saberlo utilizar. Los que no quieran hacerlo, no se atrevan a decir que son árbitros porque, simplemente, no lo son o no lo somos.

Aquí hay una ley importantísima de trabajo. Sé que es muy importante el derecho administrativo, los contratos OSCE y las barbaridades que todo el día el OSCE nos obliga a hacer. Claro, el arbitraje es un arbitraje administrativo; todo vale, todos los costos y sobre costos sobre los que he conversado ahorita y se manejan en el ámbito privado en el OSCE, son mil veces más bacanes o son mil veces peores, porque si el arbitraje en el ámbito privado es recontra formalista y funcionalista en el OSCE —como he explicado hace unos momentos— ya no sé qué cosa puede ser.

El sistema es más absoluto, caótico y terrible. Sí, insisto y me alegra saber que expertos de la talla de Nicolás están aceptando de nuevo que, finalmente, el contrato como tal; es decir, regular las conductas, repito, está muy bien, porque si el Estado quiere reservarse facultades de imperio, nadie lo discute, pero eso debería ser parte del contrato.

Obviamente, eso impactará en el precio del contrato. Si yo soy un contratista con el Estado, el Estado impone facultades explícitas en el contrato de imperio; lógicamente, cargaré el precio que contrate el Estado. Es el riesgo.

Ahora, a partir de ahí, hacer una evaluación de si es o no es arbitrario; les digo con honestidad, no termino de entender hasta ahora cuál es el problema de que el Estado pueda arbitrar este tipo de temas; salvo que te digan que el Estado, *per se*, es jurisdicción. O sea, él mismo; el Estado decide que es una cláusula exorbitante, y nadie puede revisar si esa decisión es correcta. Creo que nadie podría dar ese tipo de revisiones.

Lo último que tengo y se lo traslado a la mesa; a mis amigos, es que se ha escuchado con mucha atención, que hay un tema completamente allegado a ellos y es ese estúpido procedimiento contencioso-administrativo; y ustedes saben que los que hacen la ley de las contrataciones públicas, cada vez van retirando del arbitraje más temas.

La última gracia consistió en que han retirado todo lo que viene a ser «adicionales». Existentes los «adicionales naturales», que cuando exceden el 15%, tienen que pasar a Contraloría.

Fíjense lo patético del Perú: yo soy contratista; contrato con una entidad pública. ¿Quién hace las bases?: la entidad.

Voy a la obra; y ocurre lo típico; que el expediente técnico, totalmente deficiente, se pase del 15%. Entonces, se debe ir a Contraloría. Y ocurre que Contraloría rechaza la solicitud y dice: «no procede».

¿Quién ha sido parte en ese proceso administrativo con la Contraloría? Solamente, la entidad. Y el contratista aplaude. La entidad toma una decisión contenciosa. El contratista no tiene vehículo; no tiene cómo demandar que se analice en el fondo si esa decisión es burócrata en la Contraloría, que no es Dios y nunca lo será; pues, únicamente es

una simple y común entidad administrativa. Eso no ha sido válido. No tiene acceso.

Me parece una cosa alucinante; abominable. Me parece increíble que este país que quiere desarrollar su infraestructura, tenga un sistema jurídico tan pobre y tan absurdo como éste, de las famosas acciones contencioso-administrativas en materia de la contratación pública. Es decir, o te vas al arbitraje o te vas a este sistema absurdo.

Ahora entiendo por qué llegan algunos contratistas casi llorando, porque su contrato dice: «o el arbitraje o en el sistema en el cual el contratista no tiene vela en el entierro». Sin embargo, a nivel de Contraloría y a nivel de Poder Judicial y contencioso-administrativo, lo que están discutiendo, es si les cae o no les cae sus desechos. Y dice que tiene derecho, y en ambos escenarios —Contraloría y Poder Judicial—, repito, el contratista no tiene vela en el entierro.

Yo les digo con toda honestidad, si eso no se llama indefensión, atentado contra el debido proceso y cuanta cosa más podría ocurrir; no lo entiendo. Ahí está presente; y, sin embrago, nadie dice nada. Espero que la reforma que se está haciendo en la ley de contrataciones, cambie esta situación.

LOS SOBRECOSTOS EN OBRAS ¿TEMA ARBITRABLE?

*Héctor García Briones**

Me llamó la atención este tema. Es que hace unos meses en el portal de OSCE, había un anuncio que la presidenta del OSCE con algunos árbitros y funcionarios, se habían reunido con la Corte Superior de la ciudad de Lima para aclarar, precisar, explicar a los jueces y abogados, sobre qué debe entenderse por «adicionales de obra». Me llamó la atención porque no tendría nada raro si hubiera salido una modificación a la norma.

Si de alguna manera la Ley de Contrataciones dada por el Congreso, regulada a través de su reglamento, pudiera garantizar un derecho; qué ha pasado si la norma no ha cambiado en los últimos tiempos. No cambió la definición de «adicional», y por qué ese cambio de tratar de explicar una definición que está en la norma o que no han podido cambiar esa definición de la norma; el tema de prestación de servicios.

Y lo que ha ocurrido es un cambio de criterio en las salas comerciales, respecto a los adicionales de obra, y vamos a comentarlo porque nos parece peligroso, a la luz de la definición de «adicionales de obra» dada en la propia norma.

Como todos sabemos, en el artículo 52 establece que:

* Ingeniero por la Pontificia Universidad Católica del Perú. CARAL Ingeniería y Construcción. Perito.

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje [...].

Las controversias. No hay excepción en las controversias, salvo que expresamente estén contenidas en la norma. El mismo artículo señala que el arbitraje es de derecho; es decir, al momento de surgir la controversia, el tribunal aplica la norma.

Por otro lado, el reglamento, en su artículo 242 indica que el contrato es obligatorio para las partes, y se regula por las normas del mismo reglamento; y en caso de que no esté previsto en la ley y en el reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y sobre la ausencia de éstas, las normas de derecho privado.

Pero, veamos entonces, si la definición de la prestación adicional contempla todos los supuestos de sobrecostos, tal como está establecido en un contrato. Creo que las últimas sentencias de anulación de laudos establecen, y además, en un foro anterior a éste, el año pasado, la directora del arbitraje administrativo expresaba que llámenle como le llamen, la definición de «sobrecosto» tiene que ser adicional.

Sin embargo, analicemos si es que la definición de la norma de prestación adicional de obra cubre todos los sobrecostos. ¿Qué dice la definición sobre «adicional de la obra»?

Aquélla no considerada en el expediente técnico y en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista [...].

Aquí se saca una primera conclusión, que puede ser un hecho o un costo como consecuencia de algo que no estuvo en el expediente técnico (un metrado, una partida, un precio), ni en el contrato original.

Ya hemos dicho que el contrato no solamente es el documento, sino también lo representan las bases de la licitación. El contrato mismo, así como todas las reglas que han estado en las bases. Sí, son reglas.

Hemos visto muchas licitaciones de caminos, sobre todo, de caminos de carreteras que incluyen determinadas consideraciones especificadas por la naturaleza misma de la obra (la mayor necesidad de los equipos, nuevas exploraciones) que están consideradas en las bases, y si están consideradas en las bases, esas aclaraciones son parte del contrato; y si son parte del contrato, no pueden ser adicionales de obra porque están en el contrato.

Como dice la misma definición «es todo lo no considerado en el expediente técnico ni en el contrato», y respecto al expediente técnico hay una definición que está en el mismo reglamento como anexo «conjunto de documentos que comprende, memoria descriptiva, especificaciones técnicas, plano, ejecución de obra, etcétera».

Acá podemos decir, que podría haber una determinada especificación en los planes y que no guarde relación con una partida en el presupuesto de obra, pero que se entregaron como documentos y son parte del expediente técnico. Por un lado está el hecho de que esté en los planos y no esté en el expediente técnico. No lo hace que no esté en el expediente técnico; una partida, un trabajo que está en el plano y que estoy obligado a hacerlo, pero que no está contemplado en los costos, no podría decirse que no.

Además, la propia ley lo reconoce:

En el supuesto de que resultara indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado [...].

Y establece la posibilidad de un adicional como consecuencia de un evento fortuito o de fuerza mayor; de alguna manera aquí me parece un error, la propia Contraloría en sus directivas establece que, los adicionales deben ser consecuencia de hechos imprevisibles, extraordinarios y no producto de deficiencias del expediente. La deficiencia del expediente técnico no puede tener carácter de extraordinario y para que haya un expediente técnico, ha tenido que haber la aprobación por parte de la entidad del expediente técnico; y para que haya esa aprobación, ha tenido que estar un profesional dentro o fuera de esta entidad para elaborar el expediente técnico.

Y, a su vez, para que haya estado un profesional que elabore el expediente técnico, ha tenido que existir un contrato; ha tenido que llevarse a cabo una supervisión paso a paso de todas las etapas, a fin de aprobar ese expediente técnico. Entonces, cómo pueden llegar a existir errores, si se contrata un especialista vía proceso de selección, con planificación, requerimientos técnicos mínimos, con factores de evaluación, y luego de firmarse el contrato, es monitoreado por otros especialistas. ¿Cómo puede llegar a darse una deficiencia en el expediente técnico?

Particularmente, en la experiencia que recojo, que es parte de lo que ahora se vive en el país, con mucho desarrollo, con muchas obras en el camino; pero, sin embargo, veo que hay funcionarios que no están a la altura de las circunstancias, y se desarrolla todo un tema de arbitraje por la mala ejecución de la obra, pero no se le da la debida importancia; que la razón de ser de esas controversias nacen de un deficiente expediente técnico.

He visto muchas veces cómo funcionarios, que porque va a llegar una plata comprometida, pretenden hacer un expediente técnico como si fueran a comprar una bolsa de galletas en el mercado. Contratan a cualquier profesional, y veo y soy testigo de que, en realidad, por más requerimientos técnicos mínimos que se cumplan, por más de qué factores de evaluación que haya o por la presión que uno vea de que después

puedan ser revisados por la Contraloría, contratan a profesionales que son inexpertos; y eso creo que es el origen, en un gran porcentaje, de los deficientes expedientes técnicos. Por eso pienso yo, que es claro que un deficiente expediente técnico es producto de una serie de errores de los funcionarios, de elegir mediante corruptelas a profesionales inexpertos; y ni qué decir de los montos que asignan a los expedientes técnicos, que ocasionan que el destino de la obra; que el resultado de la obra pueda ser una resolución de contrato, producto de una deficiente elaboración del expediente técnico.

Una vez estuve en Provías y estuvimos discutiendo adicionales para una defensa de 150 millones de un arbitraje, pero claramente dentro, era el producto de un deficiente expediente técnico y preguntábamos ¿por qué había ocurrido esto? Porque sólo le asignaban 3% del monto a la elaboración del expediente técnico. ¿Por qué no poner el 8% ó 10% a la elaboración y se evitaría estas cosas. Creo que hay un trabajo que hacer y la norma está llena de filtro y de requerimientos técnicos mínimos, factores de evaluación y pienso que la realidad ha sido pensada para que el funcionario deba ser probo y la gran mayoría está llena de cuestionamientos a los presidentes regionales, alcaldes provinciales y distritales.

En la realidad ya sabemos que, de acuerdo al artículo 41 que:

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje. Tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República.

Esto tiene un antecedente muy antiguo. En realidad, el adicional no califica en el procedimiento de la Ley n.º 27444, si no está dentro de una potestad exorbitante.

Habr  consecuencias de que el contratista pueda decir que «para mí sigue siendo un adicional y no lo voy a hacer»; esto puede llevar a una resolución de contrato o indicar que no siendo adicional, no tengo la obligación de ejecutarlo. Siempre debemos usar esa posición. Podría ocurrir también que acepte la decisión de la entidad que, realmente, de acuerdo al documento de contrato, no califica como adicional y deba ser ejecutado dentro del marco del contrato.

Se ve, claramente, si relacionamos los métodos de contratación que hay en el país, básicamente precios unitario y a suma alzada, que un deficiente término conlleva la legislación de sobrecostos, justamente por eso; analicemos la suma alzada, y en suma alzada es aplicable porque las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación est n totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas; es decir, se establece la posibilidad de que un contrato sea a suma alzada y se utiliza el sistema de suma alzada si es que todo est , prácticamente, definido; pero, podría ocurrir que haya errores en la elaboración del expediente, como ya lo hemos dicho.

Sin embargo, la suma alzada —como lo dice la norma— contiene una relación e interpretación de los documentos; tratándose de obra, el postor formular  dicha propuesta tomando en cuenta los trabajos que estime necesarios para el cumplimiento de las prestaciones referidas a algunos planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra que forman parte del expediente técnico.

Es decir, que si existiera algo en los planos, algún trabajo que tenga que ser realizado en ese orden, y al analizar lo que se pide con el expediente técnico, podría ser que existan cosas que no est n en el presupuesto o que no est n claramente definidas. Por lo tanto, se tenga que determinar vía especificaciones técnicas. Cuando algo no está ni en el expediente técnico, ni en el contrato y se ve que todo lo que tenemos aquí son sobrecostos que no encajan dentro de la definición de adicionales,

podríamos mencionar que si usamos el concepto «generales de costo», podemos decir que se trata de «adicionales de obra» porque excede al monto contractual.

Podemos considerar que se trata de sobre costos porque también se debe desembolsar un dinero que no estaba presupuestado; y con esto se produce una interferencia. Muchas veces en los contratos se establece cómo es imposible determinar que estarán las interferencias en el suelo cuando se hace viaductos y autopistas. La entidad establece vía contrato que se va a reconocer que el costo de las interferencias; es decir, el Estado y la entidad, reconocen en el contrato que se va a pagar las interferencias. Entonces, si está en el contrato, ya no puede ser considerado «adicionales de obra».

LOS CONFLICTOS SOBRE CONTRATACIONES PÚBLICAS RESUELTOS MEDIANTE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE EN EL PERÚ Y CUSCO

*Karina Zambrano Blanco**

Nos explicaba la doctora Jáuregui el impacto que generaban los conflictos sociales en la sociedad, en la minería y en los arbitrajes. Igualmente, los temas de contratación pública generan impactos en la sociedad y en todo el sistema de contrataciones.

El sistema de contrataciones está formado por la entidad contratante, que es el sector público; el proveedor, que es el sector privado; y el destinatario directo, que es la sociedad y la comunidad internacional.

En el Perú tenemos normas que coadyuvan al desarrollo del arbitraje y la contratación. En el caso del arbitraje, tenemos el artículo 139 de la Constitución Política del Perú; en el inciso 1 se reconoce la jurisdicción arbitral. Asimismo, tenemos el artículo 62 de la Constitución Política del Perú que reconoce que los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionarán en la vía arbitral o judicial y también tenemos en el caso del artículo 52 del Decreto Legislativo n.º 1017 que es la Ley de Arbitraje, que dice que las controversias surgidas entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje.

* Doctorada en Derecho. Especialista en Derecho de la Construcción.

Asimismo, se dice que se puede contratar con fines lícitos, sin contravenir el orden público; es decir, no podemos hacer contratos para crear una bomba atómica. En todo caso, el artículo 63 ya refiere que existe igualdad entre inversionistas nacionales y extranjeros. Muchos cuestionan este artículo y el artículo 76 que habla de la obligatoriedad de adquirir bienes y servicios por contratación pública; es decir, el dinero del Estado para adquirir un bien no puede salir sin un proceso de selección; ya sea una licitación pública, concurso público, una adjudicación directa selectiva, una adjudicación directa pública o una menor cuantía.

Entonces, si esto es así, tenemos que saber qué es la contratación pública; quiénes compran. El mayor comprador es el Estado, y el Estado a través de quiénes; a través de sus entidades. Estas entidades pueden ser las entidades nacionales o, en todo caso, las dependencias de los gobiernos nacionales, regionales o locales, también hablamos de Organismos Constitucionales Autónomos, Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo, Universidades Públicas y las empresas del Estado; es decir, los tres poderes compran: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial.

¿Quién supervisa esta contratación? En el Perú lo hace el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, que es el OSCE. Este organismo tiene una oficina centralizada en Lima y a nivel nacional sólo funcionan oficinas desconcentradas; pero, lamentablemente, esas oficinas sólo hacen un trámite o funcionan como mesa de partes. No asumen ninguna función en concreto. Es decir, todo el trámite de contrataciones públicas, se va a ir directo a Lima. Y su oficina central en Lima va a comunicar en orden de prelación, la decisión en todos los casos.

Pasa que cuando el OSCE supervisa a través del Registro Nacional de Proveedores; a través del Tribunal de Contrataciones del Estado; y luego, tenemos a través del Sistema de Adquisiciones y Contrataciones

del Estado. A través de estos tres organismos, controla y supervisa el OSCE las compras públicas del Estado. ¿Y a quiénes supervisa? A los proveedores o contratistas, y a las entidades; y también a los árbitros.

Entonces, para nosotros poder entender cómo opera el tema del arbitraje en la contratación pública, tenemos que conocer qué es el sistema de contratación.

¿De qué estamos hablando? El sistema de contratación pública está formado por tres fases: (i) la famosa fase de planificación de actos preparatorios; (ii) la fase de selección; y (iii) la fase de ejecución contractual. Los que trabajan en el área de logística saben que la fase de actos preparatorios inicia con el Plan Estratégico Institucional hasta la elaboración del Plan Anual y elaboración de las bases. Es decir, se hace todo el planeamiento institucional previendo qué desea comprar la entidad. Después de la elaboración de las bases y designado el comité especial, viene la fase dos, que es la famosa fase de selección, en la cual se determina el tipo de proceso de selección, que puede ser una LP (Licitación Pública); CP (Concurso Público); ADP (Adjudicación Directa Pública); ADS (Adjudicación Directa Selectiva) o AMC (Adjudicación de Menor Cuantía); y ésta comprende desde la convocatoria hasta el otorgamiento de la buena pro.

Este otorgamiento de la buena pro tiene que ser ratificado; es decir, consentido, respetando plazos; un período aproximado de cinco u ocho días. Y la tercera fase de la contratación pública es la ejecución contractual. Si yo quiero comprar cemento, tengo que planearlo; luego convocarlo y elegirlo, y después tengo que contratar. Ése es el procedimiento regular en todo proceso de selección.

El arbitraje se aplica a la fase tres, que es la fase de ejecución contractual. Entonces, los que operan en las oficinas administrativas de las entidades públicas, deben tener claro cada una de estas fases, porque

depende de cada una de ellas las responsabilidades administrativas y funcionales.

Por ejemplo, sucedió que un alcalde en una entidad pública licitó para la compra de combustible, otorgando la buena pro a una empresa y el que quedó en segundo lugar, cuestionó el otorgamiento de la buena pro, manifestando que el alcalde era accionista de la empresa a la que otorgaron la buena pro, tenía el 60% de participación en ella, y cómo era posible que un alcalde, a través de una empresa, se otorgue la buena pro.

Entonces, se cuestionó al jefe de logística, al comité especial, al área de asesoría jurídica, procuraduría y todos, en el momento en el que el Órgano de Control Institucional se presentó, absolvieron sus hallazgos, pero ninguno de ellos sabía cuál era su función; y la Ley de Contrataciones es clara y establece cada uno de los órganos y cuál es la función de éstos.

En la fase 1, la función del jefe de logística es determinar el valor referencial; es decir, él tiene el encargo de que no exista una sobrevaloración de precio.

En la fase 2, el comité especial es el encargado de otorgar la buena pro; es el encargado de determinar quién es el ganador y quién va a poder proveer a la entidad.

Y en la fase de ejecución contractual, será el área de asesoría legal y el titular de la entidad quien suscribirá el contrato; y el área de logística quien administra el contrato.

¿Quién creen —en el caso que les comenté— es el responsable de haber otorgado la buena pro a esta empresa, en la cual el mismo alcalde tiene accionariado? ¿El jefe de logística, el comité especial o el asesor legal?

Bueno, pues, el comité especial tiene responsabilidad, pero como ningún otro funcionario sabe cuál es su función, los tres iban al Órgano de Control y absolvían sus hallazgos. Pero, si ese funcionario hubiera sabido perfectamente cuál era su función, simplemente manifestaba que no era su función.

Así funciona el sistema de contrataciones; se dividen en fases y la ley de contrataciones, ha establecido que cualquier controversia que surja en la fase 3 desde la suscripción del contrato, se resolverá mediante conciliación o arbitraje. No hay otra jurisdicción; no es el Poder Judicial; a menos que sea una Menor Cuantía de tres UITs. Entonces, los árbitros somos los competentes para resolver ese tipo de controversias, y los conciliadores, como no son jueces sino facilitadores de la comunicación, buscaremos que las partes arriben a una solución.

¿Qué temas ven los árbitros? Los árbitros en el tema de contrataciones hemos estado relacionados a la ejecución del contrato; a la suscripción del contrato; a los temas de adelantos; reducciones; ampliaciones; subcontratación o en caso sea intervenida la obra, resolución del contrato. A veces, penalidades; pagos; liquidaciones; conformidades; es decir, todo lo que sucede desde la suscripción del contrato hasta el pago está a cargo de los árbitros en contrataciones públicas, no en el Poder Judicial.

De la normativa actual, tanto la normativa de arbitraje y la normativa de contrataciones estatales, es la siguiente:

Todas las controversias que surjan entre las partes se resolverán mediante conciliación facultativa (porque las partes no están obligadas a conciliar).

El contratista se va a un centro de conciliación, presenta una solicitud de conciliación, pero el arbitraje, en cambio, sí está obligado porque aún sin la entidad, el arbitraje va a continuar, así como las partes que son el Estado y el contratista.

En un problema de pago, una liquidación pendiente o un tema de adicionales o ampliaciones de plazo, puedo solicitar una conciliación extrajudicial. Para esto tengo que ir a un centro de conciliación privado o público, debidamente reconocido por el Ministerio de Justicia, y me atenderá un conciliador. El conciliador tiene que hacer un curso de conciliación y tiene que estar debidamente acreditado, así es en la legislación peruana.

Estos conciliadores son facilitadores de la comunicación, no jueces. Entonces, podrán únicamente proponer fórmulas conciliatorias, las partes arribarán a un acuerdo y se emitirá un acta de conciliación con carácter de sentencia. Tiene la calidad de ser consentida y ejecutoriada. Esta conciliación es de obligatorio cumplimiento para las partes. En el caso de OSCE, si las partes solicitan conciliación en un tema de contratación pública, debe ponerla en conocimiento dentro del período de diez días de solicitada; así lo establece la norma actual.

Y en el caso de solicitarse la culminación del contrato, éste debe solicitarla dentro de los quince días para hacer la resolución del contrato.

En el arbitraje, cuando yo quiero resolver una controversia mediante arbitraje, tengo dos opciones; puedo optar por un arbitraje institucional o un arbitraje *ad hoc*, dependiendo del contrato suscrito entre el contratista y la entidad, pues todo contrato lleva una cláusula denominada «solución de controversias».

En esa cláusula se establecen las reglas de juego; es decir, se puede establecer el tipo de arbitraje, la sede de arbitraje, el número de árbitros; es más, se puede establecer la calidad de mis árbitros; se puede establecer el tiempo que ha de durar el arbitraje, incluso el plazo en el que se puede laudar; pero como las partes no conocen de este tema, no negocian la cláusula arbitral; y tanto entidad como contratista, suscriben el contrato sin cambio alguno.

Entonces, ¿cuál es el efecto de suscribir esa cláusula tal como está? Es el que la mayoría de los arbitrajes con cláusula general, establecen como sede la ciudad de Lima, y poco porcentaje se queda en sede Cusco. Sin embargo, si yo conozco el arbitraje, puedo establecer el tipo de arbitraje e indicar si es un arbitraje institucional que puede ser ante OSCE; ante el Sistema Nacional de Arbitraje o ante un centro de arbitraje.

Si es ante OSCE, tendré que establecer que el arbitraje será ante OSCE literalmente; si no dice la palabra OSCE, se convierte automáticamente en un arbitraje *ad hoc*, y si es ante un centro de arbitraje, tengo que explicar también ante qué centro de arbitraje lo voy a desarrollar. Puede ser la Cámara de Comercio de Cusco, el Centro de Arbitraje de la Asociación Zambrano o donde se decida. De no establecerse claramente el lugar de desarrollo del arbitraje, se derivará automáticamente en un arbitraje *ad hoc*. Y los árbitros vamos a ser los que podemos aparecer en la lista de OSCE, o abogados que contemos con algo de conocimientos en contrataciones públicas, podríamos estar en condiciones de administrar un arbitraje; y designaremos un secretario arbitral de acuerdo a la Ley de Contrataciones con el Estado.

Es necesario que el árbitro sea abogado, si es árbitro único; si es un tribunal arbitral, se exige que, por lo menos, dos de sus árbitros sean abogados; el otro integrante puede ser de cualquier otra profesión o especialidad.

Si se desarrolla el arbitraje ante OSCE, esta entidad tiene un registro de árbitros y tiene una norma propia, siendo un régimen institucional especializado para la solución de controversias en contratación del Estado y se rige por su reglamento aprobado por el OSCE, y supletoriamente, por la Ley de Arbitraje. Cuenta con un registro de árbitros y una tabla de honorarios. Los árbitros en el tema de contrataciones públicas, tenemos que cobrar estrictamente lo que dice la tabla de honorarios arbitrales del OSCE, porque si nos pasamos un sol o un céntimo, se

nos puede sancionar e inhabilitar en la lista de árbitros de OSCE. En el Cusco tenemos tres árbitros en esta lista.

De las estadísticas a mostrarles, mencionaremos qué es lo que sucede en el Perú y también esto sucede en Cusco, cuando las partes eligen el arbitraje, prefieren el arbitraje *ad hoc*; pero yo creo que esto más se da por desconocimiento de la cláusula arbitral. Normalmente, en los contratos se establece como arbitraje administrativo, y como no dicen qué tipo de institución, se convierte en arbitraje *ad hoc*.

Entonces, el 80.4% de los casos arbitrales que se desarrollan en el Perú son *ad hoc*; es decir, administrado por los propios abogados o profesionales que administran el arbitraje y nombran un secretario arbitral; el otro 6.1% lo administra el OSCE y lo administra su sede en Lima, y nos exige que cuando tengas que arbitrar un tema de contrataciones públicas, debes solicitar al OSCE la instalación. Si no se puso sede Cusco, se irán a Lima todas las partes, por lo general, por desconocimiento no se precisa la sede arbitral, instalándose la mayoría de casos en Lima, teniendo que trasladarnos árbitros y partes a Lima. Los otros centros arbitrales manejan el otro 13.5%; entre ellos, están la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y demás centros dispersos en las diferentes ciudades del país.

También les alcanzo estadísticas de las materias arbitrales, para demostrar qué se arbitra más. Tenemos lo que son los bienes en un 47%, 20% en servicios y 31% en obras; en consultoría de obras, sólo tenemos un 2%. Eso sucede en el Perú y en todas sus provincias, también se dan por incumplimiento de pago, liquidaciones pendientes, también tenemos arbitrajes en servicios y obras por incumplimiento de contratos, adicionales, etcétera.

Finalmente, he optado por buscar algunas estadísticas de los centros de arbitraje, si bien existe una tabla en la página web del OSCE, en el que existen 511 árbitros, sólo tienen tres árbitros en la sede del Cusco.

Asimismo, de los 503 laudos colgados en el 2013; veintitrés laudos corresponden a entidades del Cusco en el 2013.

¿Y dónde están los demás laudos? ¿Dónde están las demás controversias?; y cuando advierto en las actas de conciliación que sólo publicaron treinta actas en el OSCE, seis de ellas pertenecen a entidades públicas. Entonces, yo hago un recorrido y realizo una encuesta a cinco centros de conciliación extrajudicial en Cusco, y advierto que estos cinco centros han ingresado en el año 2013; 185 solicitudes de conciliación extrajudicial para resolver temas de contrataciones públicas y 82 actas conciliatorias han terminado por acuerdo total.

Entonces, ¿a qué conclusión he llegado? Que Cusco tiene tendencia a conciliar en temas de contrataciones públicas, a pesar de que es una ciudad que se caracteriza por no tener cultura conciliatoria, y cuando nosotros advertimos estas estadísticas, y sabemos en los centros que las entidades en Cusco concilian en más del 50% de los casos, y eso es muy gratificante; tanto para las entidades como para los contratistas y quizá no para los árbitros, pero lo que nosotros buscamos es una solución eficiente a las controversias.

Lo que nosotros buscamos es usar los MARCs (Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos) en toda su dimensión; no sólo el arbitraje, sino también la conciliación o cualquier otro medio que contribuya a difundir una cultura de paz.

Debemos aprender a arbitrar. Advierto que en el Cusco hay una tendencia de relacionar el arbitraje como si fuera un proceso judicial; quieren que se cumplan los mismos procedimientos que un proceso judicial, así como aplicar las normas que establece el Código Procesal Civil. Entonces, este curso nos permite capacitarnos en el tema de arbitraje y entender que el arbitraje es un mundo especializado. No es lo mismo que un proceso judicial y no basta conocer sobre derecho para conocer el arbitraje.

**LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
Y SU INCIDENCIA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL
DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CORRUPCIÓN COMO PARTE
DE LA CONTROVERSIA; NO TANTO COMO UN TEMA A TRATAR**

*Jaime Gallego**

En el 2005, el ex presidente de Thales fue sometido a un interrogatorio penal. Thales es un grupo armamentista francés de electrónica armamentística. Fabrica todo tipo de electrónica también, y a este señor se le interrogó penalmente.

Él declaró que de los 10,300 millones que factura Thales todos los años, entre el 1% y 2%, se dedicaba a sobornos de funcionarios a través del mundo para obtener la contratación que ellos estaban buscando. Se puede decir algo parecido en los últimos años de grupos como *Siemens*, por ejemplo, que han corrompido mucho en Nigeria.

* Jaime Gallego se integró a LALIVE en el 2009. Es miembro del equipo de arreglo de controversias internacionales, actuando en casos de arbitraje comercial internacional y arbitraje de inversión. Ha participado principalmente como asesor, así como también como secretario de tribunales arbitrales.

Adicionalmente, tiene experiencia en asesorar a las partes que suscriben contratos internacionales, así como en asuntos de derecho comercial español y anglosajón. Es miembro del *Club Español del Arbitraje*, *The Swiss Arbitration Association* (ASA), *The LCIA's Young International Arbitration Group* (YIAG), *The Associació pel Foment de l'Arbitratge* (Barcelona) and *The Comisión de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona*. Ha cursado un LL.M. en Arreglo de Controversias Internacionales (con honores en la *University College London* de Inglaterra (2003-2004), así como también obtuvo un grado en Derecho y un Máster en Derecho Texano, ambos desde ESADE, España (1994-1999).

Ha invertido más de 180 millones para obtener el contrato de construcción de una central de gas; y parece ser que la perfección a través del mundo de la corrupción, no hace más que aumentar. Basta ver el informe de la *Transparency International*, para darse cuenta de que en países como el Perú, Colombia, Argentina, Brasil, Bolivia, Estados Unidos de América, Francia, España y el Reino Unido, la percepción es que la corrupción está aumentando.

Como fiel reflejo de la realidad económica mercantil, el tema de corrupción en contratación pública se está abriendo constantemente en el arbitraje; y a pesar de ello, hay un vivo debate acerca de cuál deberían ser las soluciones, cuando se enfrenta un árbitro a un arbitraje en el centro de la disputa.

Veamos un enigmático caso. En el año 2007 salió un laudo que tuvo que ver con un tema contractual sometido al derecho inglés, seguido entre una sociedad británica y el Estado de Kenia, en el que se contrató para construir unas tierras libres de impuestos.

¿Cómo surgió este contrato? Pues, el empresario estaba buscando sitios para desarrollar su negocio conoció a un intermediario que le ofreció el acceso a la presidencia de Kenia para poder tratar de negociar un contrato.

El intermediario dijo: «mándeme dos millones de dólares y yo les consigo la reunión; y ya veremos cómo va». No le pareció demasiado caro, evidentemente, puesto que este tipo de negocios es multimillonario.

Le mandó los millones y fueron a la reunión. Y fue una reunión con el presidente. El intermediario tenía en el maletín el dinero en efectivo. Entraron a la reunión y dejó el maletín en una silla. Negociaron; y al salir volvieron a recoger el maletín que estaba lleno de maíz fresco, y al cabo de poco tiempo llegaron a un acuerdo, y firmaron el contrato directamente con el Estado de Kenia.

Un breve tiempo después surgió una disputa; y en realidad, lo que pasó fue que en una confiscación del negocio interno de la empresa, ésta interpuso un arbitraje internacional contra Kenia. Fue un arbitraje que estaba administrado por *The London Court Arbitration Centre*. Era un arbitraje contractual sometido al derecho inglés.

Cuando ya estuvo bastante avanzado el arbitraje, y como un tema incidental, el empresario comentó sobre la reunión que sostuvo con el presidente y habló de la corrupción del gobierno. Cuando los representantes del gobierno de Kenia se enteraron de esto, manifestaron que esta controversia no tenía derecho al arbitraje.

Fueron dos cosas las que sentenció el tribunal arbitral. Primero, que la demanda se está basando en un contrato que es corrupto; y por lo tanto, es un tema de orden público.

Le indicó a la parte comprometida en el soborno que no tenían ningún derecho a arbitraje.

La segunda cosa que les dijo el tribunal fue que, en vista de que el gobierno de Kenia había solicitado ejercer su derecho a rescindir el contrato suscrito; y existiendo esa figura legal en el derecho inglés, el tribunal arbitral aceptó esa petición para rescindirlo como válida y sentenció a favor de esta pretensión.

Si tomamos en cuenta que el derecho español tiene una normativa más objetiva que la del derecho francés, la solución sería algo distinta. Asimismo, creo que la española es la misma normativa de arbitraje que la peruana, pues en el derecho peruano —ahora que lo conversaba con algunos señores peruanos— lo que pasaría es que el contrato sería nulo de pleno derecho; y el acto administrativo que lo aprobó, es también nulo.

Ahora, lo que quisiera discutir aquí es el tema de Contraloría del Estado.

El contratista, cuando estaba argumentando este caso, dijo:

Yo, en realidad, sí he corrompido al presidente, pero es que el presidente de aquí es así. Estamos hablando de un país que es corrupto, y yo estaba tratando con el presidente de un país así; y el presidente es, efectivamente, el Estado. Es como el Luis XIV de Francia; y, por lo tanto, es imputable al Estado lo que yo hice. Además, me pidió que le regalara relojes al secretario permanente de la oficina del presidente; y yo también le regalé varias cosas al personal que firma el contrato; es decir, yo realmente estaba corrompiendo sí, a un montón de gente, pero esto ya estaba institucionalizado en el Estado. Estamos hablando de un país no desarrollado.

El tribunal dijo que no. Declaró que la ley inglesa era aplicable; y que, simplemente, la solución era acatar lo ordenado.

En segundo lugar, dijo:

En su defensa, señor contratista, aquí no ha hecho absolutamente nada Kenia. Han pasado cuatro años y se abrió el procedimiento desde que les conté.

El hecho de que yo hubiera sobornado al presidente; y, sin embargo, no ha habido ninguna investigación a nivel penal.

Y el tribunal arbitral dijo:

Es un tema de orden público; y, por lo tanto, Kenia no puede renunciar a esta defensa.

Y éste es un tema que resulta muy controvertido, dado que, en realidad, si uno piensa sobre esto, no existe un incentivo para un Estado en disminuir la corrupción.

Puede, por ejemplo, una legislación muy opaca. Puede que hayan funcionarios que sean muy corruptos, y esto el Estado puede estar incentivándolo para que el día que, realmente haya un reclamo contra él, simplemente diga usted, «ha corrompido a mis funcionarios públicos».

El contrato es nulo, pero qué pasó aquí; por qué el empresario, durante su inversión invirtió más de 27 millones de dólares, donde el Estado de Kenia se quedó con toda esta inversión.

La solución que me plantee yo al preparar este discurso, ¿sería la solución la misma bajo el derecho internacional?

Si el contratista hubiera presentado reclamo bajo un tratado de inversión y hubiese recibido el mismo trato; y hubiera podido establecer este reclamo bajo dos vías directamente. Una opción era bajo el tratado de contrato de inversión, dado que, efectivamente, habría un uso del poder público por parte del Estado de Kenia.

Esto no sólo era un tema de cumplimiento contractual, sino que hubiera resultado en una persecución, tanto judicial como ejecutiva del contratista. Por tanto, se hubiera ido directamente al tratado de inversión, y así hubiese podido aplicar el derecho internacional. También se podría haber recurrido a la aplicación de una «cláusula paraguas», si ésta hubiera existido. En este caso particular no se pactó una cláusula así. Lo que se hace es elevar una infracción contractual, a una de nivel de tratado bilateral de inversiones.

Imagínense comenzar un arbitraje internacional sobre la base del derecho internacional; y, en principio, bajo el derecho internacional se hubiese rechazado por el mismo principio. Sin embargo, hay dos casos sobre los que quiero comentar, en los que se está aplicando el derecho internacional.

El primero es *Wena* contra *Egipto*. *Wena*, una sociedad británica que invirtió en Egipto y contrató con el Estado egipcio para gestionar una cadena hotelera en Egipto.

Lo que pasó ahí fue que Egipto los expulsó. Tomó la propiedad de los hoteles y *Wena* comenzó un arbitraje internacional reclamando daños y perjuicios por expropiación, bajo el amparo del tratado bilateral de inversión suscrito con Egipto. Alegó que hubo corrupción por atribución del mismo contrato, porque manifestó que había un contrato de consultoría entre *Wena* y la persona que había acordado, y que estaba en el comité para aprobar el contrato mismo de arrendamiento.

El tribunal arbitral no estaba convencido de que esto constituyera prueba suficiente; sin embargo, dijo algo muy interesante con respecto a este contrato. Este contrato ya se había notificado a las autoridades penales egipcias, las que habían decidido no investigarlas.

El tribunal arbitral internacional declaró que, dado que se había notificado a las autoridades egipcias y no habían hecho nada; en realidad, lo que había pasado aquí era que la autoridad egipcia había renunciado a su derecho de oposición; y, sobre todo, a una defensa que estaba basada en la corrupción. Por lo anterior, había una flagrante negligencia por parte de Egipto.

En ambos casos estamos frente a funcionarios que se estaban enriqueciendo ilegalmente y estaban utilizando el poder otorgado por el Estado para sus intereses personales.

Por tanto, en una corrupción tipo Kenia o Nigeria, donde hay corrupción por todas partes, y a uno no le queda mayor remedio que corromper a los funcionarios para hacer negocios en ese país.

Este tribunal parecería que está diciendo —aplicando el derecho internacional— que eso sería atribuible al Estado; y, por tanto, no se podría defender el Estado diciendo que había corrupción.

En otro caso declaró que, efectivamente, hay una negligencia de parte del Estado y está dejando a esa persona; a ese funcionario que continúe en sus funciones; conociendo, efectivamente, que hubo corrupción. Y no se le está investigando penalmente.

Parece ser que el Estado está aceptando esa decisión; y, por lo tanto, no puede invocar esa defensa, a pesar de que sea contrario al orden público de su propio Estado.

Yo creo que con estas reflexiones voy a acabar, dado que no tenemos mucho tiempo, simplemente, para que vean la gran diferencia que hay en el derecho interno de un país, y lo argumentable que podrían ser las defensas.

Podría haber diferencia en el derecho interno y el derecho a nivel internacional; sin embargo, lo que he sostenido aquí no deja de ser muy controversial.

ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN PANAMÁ

*Liliana Sánchez Ortega**

En Panamá, nosotros tenemos un sistema dualista de contratación: el Sistema General de Contrataciones y el Sistema que maneja la autoridad del Canal de Panamá.

Como todos ustedes saben, Panamá, pues, tiene exactamente el Canal de Panamá, que fue construido por los americanos; los Estados Unidos de América, y que es parte adhesiva a ellos hasta el año 1999, fecha en la que fue revertido al territorio panameño.

En base a eso, ellos ya tenían una experiencia con el sistema, y ese sistema se ha mantenido dentro de las relaciones comerciales internacionales.

En el caso del Sistema General de Contrataciones, éste se aplica para los contratos públicos que realiza el gobierno central; las entidades autónomas; la caja de seguros sociales; intermediarios financieros; las sociedades anónimas en las que forma parte el Estado; por lo menos, con el 51% de las acciones, y esto incluye todo tipo de contratación pública.

* Abogada panameña con postgrados en métodos alternos de solución de conflictos en Comercio Internacional y en Derecho Comercial en la Universidad de Panamá y en la Universidad Latinoamericana de Ciencias y Tecnología (Ulacit). Ha sido consultora internacional para organismos internacionales como el BID, Sieca y AID en materia de MASC. Es, actualmente, la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá y Secretaria General de la ICC Panamá.

En el caso del sistema que maneja la autoridad del Canal de Panamá, posee un sistema exclusivo para la autoridad del Canal de Panamá.

Voy a tratar de enfocarme dentro del bloque panorámico de algunos antecedentes de cómo se da la contratación pública en Panamá, en el tema de arbitraje y la regulación actual en los temas arbitrales, vamos a hacer un comentario muy general de las normas.

Por primera vez el concepto de contratación de arbitraje en los contratos públicos, nace con la Constitución Política de la República de Panamá, en el año de 1972, donde se incluye al artículo 195, numeral 4, dentro de las facultades del Consejo de Gabinete, que es el Presidente y todos sus Ministros, la facultad de pactar el arbitraje en los asuntos diversos que tuviera el Estado.

Sin embargo, —habría que hacer la aclaración de que en Ecuador se dio esta disposición de reciente data— contenía ya la autorización que se requiere por parte del concepto favorable del Procurador General de la Nación, que se exigió en Panamá desde el año 1972.

En el año 1956, por primera vez, Panamá formaliza una ley, en todo este proceso de globalización de nuestros países y de inserción en la Organización Mundial del Comercio; y se hace la adecuación de algunas legislaciones, entre ellas, parte de las ordenanzas con las que teníamos que contar. Ésta era una ley de contratación pública y en ésta se debía brindar la posibilidad de establecer mecanismos de arbitraje para la resolución de las disputas con el Estado.

Eso ocurrió en el transcurso del año 1956. Hasta ese momento Panamá no tenía una Ley General de Arbitraje; es decir, funcionaba con las disposiciones del Poder Judicial que reclamó materia de arbitraje; y, básicamente, todo el arbitraje se realizó, donde una de las partes era el Estado. Y esto se daba porque el Estado tenía la intención de pactar el arbitraje en esas cláusulas, en los contratos por la especificación.

Por ejemplo, el Puente de las Américas que pasa por el Canal de Panamá, en los años 1970, se pactó contrato con el Consorcio Sosa, y no se llegó a construir ese puente por muchas dificultades. Fue con el arbitraje que se realizó en aplicación de esta Ley n.º 95. Hasta esa fecha no se tenía Ley de Arbitraje, y ya en el año 1999 se dicta la Ley General de Arbitraje, que va a regular no sólo arbitraje nacional e internacional de Panamá por primera vez, sino que también en ella se establecían disposiciones para otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, como era el caso de la conciliación de ampliación.

Esa Ley de Arbitraje; —Decreto Ley n.º 5—, por primera vez, como ley especialísima, trata de reconocer las cláusulas arbitrales como válidas por parte del Estado, cuando no se referían a asuntos litigiosos. Es decir, se entendía como un asunto litigioso a algún pleito puesto ante un tribunal y sobre el cual el Estado tenía la facultad de participar a través del Consejo de Gabinete.

Sin embargo, cuando existía una cláusula arbitral inserta en el contrato, ésta se reconocía como válida a través de esta ley, y no se requería el concepto favorable del procurador. Asimismo, existía otro mecanismo en caso de que el Estado hubiese pactado una cláusula arbitral y que éste lo quisiera llevar a cabo.

Al respecto, existían también algunas disposiciones. Esta norma fue muy polémica dentro del foro jurista, porque a partir del Decreto Ley, se habían desarrollado varios procesos, pues se aplicaba a todos los contratos pactados con anterioridad a su vigencia; lo que significaba que todos los convenios con el Estado se los encargarían al inversionista; es decir, se llevaban a cabo los arbitrajes, pero cuando se trataba de controversia, el Estado se desentendía por no tener un concepto favorable del procurador.

Es así que esta ley generó una acción de inconstitucionalidad en contra de ese artículo 7, alegándose que «el convenio arbitral era válido

y que no se requería el concepto favorable del procurador». En consecuencia, la Corte, en un fallo bastante polémico, en el año 2003 (Corte formada por nueve magistrados) en un fallo de cinco acuerdos, declaró inconstitucional la norma.

Este hecho generó problemas mayores, porque los contratantes con el Estado no tenían la garantía de que, incluso pactando un convenio arbitral, éste fuera honrado y respetado.

Por otra parte, la ACP (Autoridad del Canal de Panamá), a quien sí se aplicaba el tema de la Ley General de Arbitraje, en el año 2004 —un año después del fallo— se aprueba una reforma de la Constitución Política, y esto ejercitó para dictar un paquete de reformas; aprobándose, al final, dos artículos muy importantes.

El primero, el reconocimiento del arbitraje como una jurisdicción para administrar justicia en Panamá, que estaba contenido en el artículo 102, que también tiene su historia sobre el tema del *competence-competence*, que consistía en un fallo bastante sonado; y en el artículo 200 que, anteriormente, era el artículo 195 (antes mencionado) se adiciona un párrafo en la parte final, que textualmente establece lo siguiente:

Este numeral no se aplicará a los convenios arbitrales pactados contractualmente.

En este caso, lo que se pretendió hacer constitucionalmente, fue el reconocimiento del acuerdo del arbitraje de forma directa.

En el año 2006, como consecuencia de la reforma constitucional, se acuerda una ley en la que se restituyen todos los artículos anteriormente declarados inconstitucionales en el régimen general de contrataciones que eran de aplicación del gobierno central.

En el año 2006 se genera una ley bajo la cual, según mi perspectiva, se da un estancamiento del arbitraje, pues ya no se aplica aquel acuerdo

en donde el Estado podía pactar todo tipo de acuerdos y cláusulas arbitrales, de manera general en todos los contratos, sino que se reducía esa forma masiva de pactar acuerdos arbitrales, limitando con ello la cantidad de arbitrajes y convirtiendo al arbitraje en una cuestión, según yo, elitista para cierto tipo de contratos, pues desde allí las cláusulas arbitrales se pactan, pero sólo para grandes proyectos.

Recientemente, en diciembre del 2013, se aprobó una nueva ley que es la n.º 131, en la cual se refleja el arbitraje nacional e internacional, enfocada en un modelo de ley estándar, pues tiene principios y normas de gran contenido. Bajo esta norma la cláusula arbitral puede ser fijada con igualdad.

Ahora bien, refiriéndonos al otro sistema, el «sistema de la perfección», manejado por la Autoridad del Canal de Panamá, podemos decir que es un sistema sólido; robusto; que se erigió mucho antes de existir la autoridad, funcionando de manera independiente del gobierno central. Aquí el arbitraje forma parte del sistema de reclamaciones y el sistema de mecanismos de resolución de reclamaciones, aplicándose a todo tipo de contrataciones. Es decir, no hace una diferenciación a los tipos de contrataciones; y, básicamente, ellos tienen dos etapas en sus contrataciones: la etapa administrativa y la etapa arbitral.

Con estas dos etapas, ellos tratan de resolver internamente todos los conflictos surgidos en el Canal de Panamá, y si el reclamo se pierde, la Autoridad del Canal paga. La diferencia va con el anterior modelo que rehuía los conflictos.

REFORMAS AL RÉGIMEN DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

*Richard Martin Tirado**

Por las provocadoras intervenciones de mis colegas que me han antecedido, no voy a seguir mi presentación; la voy a cambiar y voy a tratar, de alguna manera, de incentivar el debate y el diálogo respecto de algunos temas que, creo, son interesantes y que también pueden ser compartidos.

Lo primero que quisiera plantear es lo siguiente.

He seleccionado una serie de temas eje; uno de ellos, es el tema vinculado a la nomenclatura del arbitraje «administrativo».

Lo que quisiera decir sobre este tema, es que no existe el arbitraje administrativo; es una falsa información, fruto de una lectura indebida de autores españoles que tienen una temática propia sobre el arbitraje administrativo, que en rigor no es un arbitraje.

El arbitraje en nuestro país, más allá de la polémica: si hay contrato, sí hay jurisdicción arbitral. Una jurisdicción arbitral, efectivamente, lo que tenemos es, arbitraje en contratación administrativa sobre la base de tener una jurisdicción arbitral, más allá de la polémica que ella pueda plantear. Lo que confunden mucho, es que en otros países existe la figura del arbitraje administrativo.

* Socio de Martin Consultores Abogados SCRL, Perú.

Existe un mecanismo de solución de controversias en sede administrativa, básicamente, vía mecanismos de procedimiento administrativo que en el Perú también se dan. En rigor, se habla de actividad administrativa arbitral, pero no para el mecanismo de resolución de controversias de carácter jurisdiccional, sino una de las tantas funciones que cumple la administración en el ejercicio de sus funciones administrativas, que es la función de solución de controversias.

Si ustedes revisan la legislación que existe en materia regulatoria; por ejemplo, una de las funciones que en teoría más que en la práctica cumplen los organismos reguladores, es la función de solución de controversias donde básicamente se presentan; a semejanza de lo que ocurre en el Poder Judicial, donde se presentan contenciosos en el ámbito administrativo.

Sin embargo, ello no debe llevar a la deformación que tienen muchos en su forma de pensar, que estamos ante demandas y contestaciones de demanda; es decir, contradictorios en sede administrativa. Lo poco de pelo que me queda se ha terminado de caer con mi experiencia en materia administrativa, y en algunos tribunales y colegiados, donde no les estoy hablando de ciencia ficción.

Hoy en día, quizá hoy día en la mañana o parte de la tarde, se hayan presentado; por ejemplo, en órganos colegiados y organismos reguladores o en el mismo Indecopi, expedientes administrativos denominados «demandas en sede administrativa», cuando en rigor esto es ejercicio real y concreto del derecho de petición.

En sede administrativa no existen demandas; sin embargo, hay abogados estudiosos, inclusive, que presentan, al amparo de los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, demandas en sede administrativa.

Cuando yo estuve a cargo, he hecho mi pequeña guerra sobre el hecho de que esto no puede presentarse; así que habría que subsanar el registro de presentación, formalista, administrativista, etc. Esto no va.

Las cosas hay que llamarlas por su nombre. Esto es un procedimiento administrativo; y las normas efectivas para regular este tipo de controversias son las del procedimiento administrativo general o las de legislación administrativa, en concreto. Pero, no en el Código Procesal Civil, creo que en esto vamos a poder coincidir con espartanos y troyanos, con el grupo de detractores del derecho administrativo; entonces, no hay arbitraje administrativo, señores. No confundamos. Lo que hay en sede administrativa es procedimiento de resolución de controversias. Lo que tenemos hoy por hoy en nuestro país, es arbitraje con carácter jurisdiccional donde el Estado participa activamente. A veces, diría yo, en exceso, en materia de contratación administrativa; es el primer punto que creo que es importante.

Un segundo tema; luego de escuchar el plan de gobierno de Ricardo Salazar, me queda la duda de si eso es contratación administrativa.

Les explico. La contratación administrativa —y yo quisiera que ustedes, de alguna manera reflexionen—, no sólo es OSCE. Los contratos de OSCE son de adquisición de bienes y servicios, etc. Pero, básicamente, siendo cuantitativamente la mayor cantidad de contratos que se tiene en nuestro país; y perdóneme, Ricardo, no son los más importantes. Los contratos más importantes están en otras esferas de la contratación pública peruana, y las APPs, concesiones, iniciativas privadas, etc., que son algunas y modernas modalidades que utiliza el Estado.

Partiendo de una premisa, el contrato administrativo, en el fondo, es inofensivo desde el punto de vista financiero. El contrato administrativo regulado por la Ley de Contrataciones. ¿Por qué? Porque la tiene fácil. Básicamente, el presupuesto es la condición previa para poder convocar a una licitación; y en esencia, lo que debe hacer uno, es comportarse adecuadamente en la celebración y ejecución contractual, ¿cierto? Pero, los riesgos de financiamiento en los contratos administrativos regulados por la Ley de Contrataciones son mínimos.

Lo que sí hay, son problemas de ejecución contractual, problemas de diseño, problemas de monitores, problemas de licitación que se trasladan, finalmente, a la ejecución contractual, pero no se la aplican.

Por eso lo digo, con todo respeto, y discúlpennme a mis amigos de contrataciones públicas; para hacer contrataciones públicas, se necesita secundaria completa, pero para trabajar APPs, construcciones y otros tipos de contratos, se requiere algo más que secundaria pública, y se requiere algo más que abogados; se requiere ingenieros; expertos; etc., porque un contrato de construcción es complejo como el matrimonio; tiene problemas ambientales; tarifarios; tributarios; etc.

Cuando alguien los tiene, tendrá más problemas que Baldor; en consecuencia, tenemos que afrontar un carácter multidisciplinario y un carácter multilegal en los contratos de posesión; de inversión, en general. Aterrizamos todas las especialidades del derecho y no depender del mayor bagaje instrumental que uno tenga al aproximarse a estos tipos de contratos para hablar de eficiencia o no de esta clase de instrumento contractual.

Sin embargo, repito, y con todo respeto, la contratación pública peruana es algo más que los contratos OSCE, y todas las referidas a las que queramos respecto a OSCE, nos crean, de alguna manera, las que tenemos a la mano, pero también las otras modalidades contractuales en que —ciertamente— existen grandes posibilidades de solucionar controversias y, de hecho, se presentan día a día controversias. Entonces, esto es un tema que, de alguna forma, me he atrevido a plantearles. Romper paradigmas de la contratación vía OSCE.

Un tercer tema y provocador, también, que va a entrar como preámbulo a lo planteado por Francisco, es el tema de las materias; no tanto de la arbitrabilidad en algunos temas propios de las contrataciones públicas, sino de las materias sobre las cuales hoy en día en el Perú tenemos sometimientos a la solución de controversias vía arbitral.

Hoy en día existen temas de alta intensidad administrativa que, de alguna manera, ponen en jaque o ponen en juego esa aparente antinomia contradicción que Alfredo Bullard y otros amigos han llamado «el arbitraje y la contratación administrativa».

En la actualidad, creo yo, existe una reforma silenciosa, pero efectiva, que nos plantean también reformular el paradigma de los temas que pueden ser materia de resolución de conflictos en vía arbitral.

Tradicionalmente, lo que se nos ha presentado y lo que, de alguna manera, ha captado el *boom*, es el tema de la contratación pública vía legislación de OSCE; pero no es el único tema. Ahora, los temas de alta intensidad administrativa y de genuino origen administrativo, son sometidos a mecanismos alternativos de solución de controversias y tienen buena salud y, principalmente, buen futuro y ojalá larga vida en materia de arbitraje.

Por ejemplo, un primer tema que quería plantear era el tema del arbitraje en materia *explotatoria*, en cuanto a si hay alguna institución; de lo más antiguo en materia administrativa; el ABC; como le llamaríamos en el Perú, «el Coquito del derecho administrativo es la explotación».

Esta potestad que tiene el Estado respecto a la propiedad privada, es la institución más genuinamente administrativa; y, sin embargo, hoy en día en el Perú, tenemos arbitraje para discutir un tema tan sensible como el justiprecio, y nadie se ha rasgado las vestiduras para decir que este tipo de arbitraje es un arbitraje inconstitucional, a pesar de que se está discutiendo en esencia un tema controversial; uno de los elementos que son consustanciales a la potestad revocatoria que tiene el Estado.

Actualmente, se puede someter válidamente a la materia arbitral, el mayor o menor valor del justiprecio que ofrece el Estado en un proceso expropiatorio. Es más, hay situaciones en las cuales el Estado ha ido más allá del tema del justiprecio. Existen procesos en los cuales el Estado ha

ofrecido, incluso, a través del mecanismo de solución de controversias como el arbitraje, soluciones alternativas; por ejemplo, a poseedores que —en rigor— no tienen derecho a pago de justiprecio porque estrictamente no son sujetos pasivos de un proceso expropiatorio.

Sin embargo, el Estado ha compensado y ha pagado el justiprecio, como es el caso de todos los terrenos aledaños al aeropuerto Jorge Chávez, donde —básicamente— lo que hemos tenido, han sido poseedores. En el tema de Chincheros me tocó ser presidente del tribunal arbitral en los cuatro casos; y en quince días hemos resuelto.

Se resolvió el tema del justiprecio, e inclusive, había el tema vinculado a comunidades, que no necesariamente, tenían título de propiedad.

Entonces, el arbitraje no sólo se ha reducido a un tema. En materia expropiatoria, el pago de justiprecio sí que ha ido a temas, incluso más sensibles, como es el pago de compensaciones que, al final, es calificado como justiprecio.

Luego, también tenemos otro tema que nos podría parecer inadecuado para llevarse a un arbitraje; pero al final resultan ser importantes arbitrajes en materia de convenios de estabilidad jurídica y tributaria. Nada más sensible que el tema tributario, que el propio Código Tributario define a la relación jurídica tributaria, como una relación de Derecho Público.

Sin embargo, en el Perú hemos tenido arbitrajes donde se ha sometido temas que lindan con el ejercicio de potestades tributarias. Se me vienen a la cabeza los temas de los arbitrajes que tuvieron, en su momento, las empresas de distribución eléctrica Edelnor y Luz del Sur, a propósito de un tema vinculado de reparación de activos y donde la Sunat ha publicado, en esa oportunidad, que esto era un tema —en esencia— de potestad administrativa del Estado, y no se trataba de una materia de solución de controversias.

Inclusive, la Sunat apeló a recursos como el fraude de la ley, para decir que este tema no era controversial; pero, sin embargo, hubo sendos laudos arbitrales que siguieron con el tema y solucionaron la controversia entre el Estado y determinadas empresas de distribución eléctrica. Entonces, aquí terminamos con el tema vinculado a la estabilidad jurídica tributaria.

Debo agregar que otro tema bastante discutido, es el tema regulatorio. En relación al tema regulatorio, también en el caso peruano, tenemos que mencionar que existen muchas controversias vinculadas a este tipo de asuntos, donde —básicamente— al margen de la presencia o no —siempre voluntariosa— del organismo regulador queriendo intervenir como parte del proceso arbitral.

Adicionalmente, tenemos el tema no resuelto de delimitar si, efectivamente, hay algunas potestades que —en esencia— son propias de la potestad administrativa reguladora y pueden ser trasladadas al ámbito de la resolución de controversias.

En lo personal, en mi experiencia como árbitro o como abogado de casos en los cuales, efectivamente, hay temas que son bastante sensibles o discutibles; es el tema en el cual debemos tener consenso, en que podría ser un asunto que podría ser sometido a arbitraje.

Sin embargo, nos preguntamos ¿la potestad normativa del presidente de un Consejo Directivo de un organismo regulador, puede ser sometido a arbitraje?

Pues, han habido casos en los que se ha sometido a arbitraje esta clase de asuntos, y para bien de las partes —en su momento— el tribunal arbitral que conoció aquella controversia, señaló que este caso no era propiamente un tema sometible a arbitraje. En consecuencia, delimitó aquellos aspectos netamente patrimoniales de aquellos otros que, efectivamente, eran propios de las potestades administrativas. Es así que

tenemos otro tipo de materias, como lo son el arbitraje de consumo; arbitrajes laborales; etc.

Quería concentrarme en una reciente barbaridad legislativa que se ha comprobado: el arbitraje territorial. Eso no es arbitraje. Eso es un mecanismo de solución de controversias en sede administrativa. No tiene nada de jurisdiccional y le han puesto estadísticamente el nombre de «arbitraje territorial».

Existen sendas opiniones y artículos sobre este tema, porque esto es una barbaridad jurídica; es un mecanismo de solución de controversias en el ámbito administrativo.

Entonces, cierro el tema del arbitraje en cuanto a las materias que hoy día se están extendiendo en nuestra experiencia arbitral.

Un quinto punto ya bastante manoseado e igual de importante, es el régimen de defensa judicial del Estado, en materia de procesos arbitrales.

El Perú sigue manteniendo un sistema atomizado de defensa. A veces asistimos a audiencias, en donde la defensa; en donde participan los procuradores; a veces, terminan siendo defensas independizadas de las entidades; no tenemos un régimen unitario y orgánico de defensa, lo cual debilita —sobremanera— el régimen de participación del Estado en sede arbitral.

Una experiencia como la obtenida en la Argentina u otros países podrían ser vistas con más cercanía, y pensar en la posibilidad de tener, a largo o mediano plazo, un régimen de Procuraduría General de la República, que armonice y unifique la defensa del Estado.

**MATERIA ARBITRABLE Y NO ARBITRABLE
(PRINCIPALES CONTROVERSIAS)
EN EL MARCO DE LA
LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

*Rocío Cano Guerinoni **

1. INTRODUCCIÓN

Al referirnos sobre materias arbitrables o no, estamos hablando de un concepto subjetivo que involucra a todos los medios alternativos de resolución de conflictos.

Alternativos, por no ser la jurisdicción común (Poder Judicial); y de resolución de conflictos, porque soluciona una controversia entre las partes.

* Socia Fundadora de Cano Paredes Abogados SAC. Abogada egresada de la Universidad de Lima. Candidata a Magíster en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctora en Gobierno y Políticas Públicas por la Universidad de San José de Costa Rica. Miembro de la *Association of Trial Lawyers of America*; *International Bar Association* y *Center for International Legal Studies*. Experta en Conciliación, Negociación y Solución de Conflictos; Conciliadora extrajudicial y árbitro en Derecho. Abogada ejerciente de los Colegios de Abogados de Lima, Costa Rica y de La Plata. Autora de ensayos y artículos publicados por el Centro de Estudios Latinoamericanos –CEL– (Buenos Aires, Argentina) y por la Revista del Doctorado en Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad de San José de Costa Rica.

Vemos a qué nivel de las legislaciones se encuentran varios mecanismos; entre ellos, el más adoptado en términos de contratos comerciales, es el arbitraje.

Desde este punto de inicio, y de acuerdo a la legislación comparada, todos los mecanismos o medios alternativos de resolución de conflictos, tienen como base, el que sólo pueden solucionar controversias sobre derechos disponibles. Esto último es un concepto amplio, pero la gran mayoría de autores y normas internacionales, tienden a denominar como «derechos disponibles» a los «derechos patrimoniales» y susceptibles de disposición para las partes que contratan.

2. LA DECISIÓN DE LA ENTIDAD O DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, DE APROBAR O NO LA EJECUCIÓN DE PRESTACIONES ADICIONALES DE BIENES Y SERVICIOS, NO PUEDA SER SOMETIDA A ARBITRAJE

Efectivamente, como lo señala la norma, la decisión de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales de bienes y servicios, no puede ser sometida a arbitraje; esto es porque se entiende, según algunos autores, intervendría lo que llamamos el *ius imperium* o la soberanía del Estado.

En realidad, en mi opinión el tema es más un asunto de políticas públicas; es decir, hay ciertas políticas que el Estado asume para brindar a la ciudadanía ciertos servicios y obras que corresponden al Estado.

Bajo esta hipótesis, el Estado —y me refiero al concepto general del Estado (poderes del Estado, instituciones públicas y toda la maquinaria del Estado)— planea un lineamiento. Mejor dicho, varios lineamientos con sus instituciones para brindar y hacer eficiente su gestión.

Allí están involucrados —obviamente— los presupuestos de los sectores del Estado; entre ellos, la Contraloría, que es la institución que

supervisa los gastos de estos sectores; por lo tanto, considero que corresponde tomar en cuenta ciertos parámetros rectores para otorgar la aprobación o no, a prestaciones adicionales; en cuanto a que se trata de una política pública.

Los autores que hemos leído son muy concluyentes y argumentan muy bien el tema de considerar sin sustento legal, el hecho de no someter a arbitraje las decisiones de prestaciones adicionales; pero, me voy a permitir en este pequeño escrito, argumentar lo contrario; no por considerar inválidos los argumentos de los autores como Campos Medina o Castillo Freyre y Sabroso Minaya, sino por ser éste un ejercicio académico, pues considero que todos los argumentos en contra, ya fueron expuestos por varios autores. Por lo tanto, me parece redundante seguir con los mismos argumentos.

Quiero, asimismo, decir que ésta no es una defensa del Estado o de normas ya establecidas que, efectivamente, deben modificarse para realizar una mejor gestión en el tema de resolución de conflictos; poniendo al Estado en las mismas condiciones que los particulares, en cuanto a contrataciones. Es decir, sería una estrategia que le ha servido muy bien al Perú (véanse argumentos de negociación de los TLC).

Sin embargo, en los conflictos que maneja el Estado, casi siempre sale perdiendo. Es lógico que no es por culpa de los mecanismos de resolución de conflictos, pero sí hay algo que nosotros, los operadores del Derecho, deberíamos analizar.

En efecto, el Poder Judicial es ineficiente y tienen mucha carga procesal. Por lo tanto, tendría que haber un filtro de negociaciones previas, como en otros países (los Estados Unidos de América, por ejemplo) los hay; o de lo contrario, manejar mecanismos alternativos de solución de conflictos, que sean eficientes para los resultados deseados por el Estado.

Sin embargo, por más que el Estado contrate en paridad de condiciones con particulares, no deja de ser Estado, y es por esa razón que se estipulan esta serie de normas que ponen ciertos límites a la contratación; más cuando se trata de prestaciones adicionales al contrato ya firmado y asumido por las partes.

Aquí estamos hablando de la decisión de la entidad o Contraloría General de la República, de aceptar o no una o las prestaciones adicionales; por lo tanto, considero adecuado el artículo de referencia.

Si bien la base en las contrataciones del Estado, es el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual prescribe:

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia.¹

Por lo tanto, se me vienen a la mente dos interrogantes:

- ¿Si la decisión de la Contraloría o entidad del Estado, de aceptar o no las prestaciones adicionales, deviene en conflicto? (en mi opinión, no necesariamente).
- ¿Si esa decisión, ya de por sí afecta la ejecución del contrato, por lo tanto, sería materia de arbitraje de acuerdo al artículo 52 de la mencionada Ley?

¹ «Ley n.º 1017. Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 1017». Lima: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), 2012, 1.ª edición.

3. LAS CONTROVERSIAS REFERIDAS A LA EJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES ADICIONALES DE OBRA QUE REQUIERAN APROBACIÓN PREVIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, NO PUEDAN SER SOMETIDAS A ARBITRAJE

En este caso estamos hablando de los supuestos que la norma indica; es decir, más del 25% del monto en contratos de bienes y servicios, y más del 15% del monto del contrato de obra. La contraloría tiene que aprobar la ejecución de dicho contrato: artículo 41.1 y artículo 41.2 de la Ley n.º 1017, Ley de Contrataciones del Estado.

En mi opinión, es el «criterio negativo» del que habla Castillo Freyre, al referirse de lo indicado a la norma que no puede ser arbitrable:

[...] el criterio negativo es excluyente y cerrado, en la medida en que inspira a la norma a sancionar una lista de derechos sobre los que las partes se hallan expresamente prohibidas de recurrir a la vía extrajudicial del arbitraje en caso de una controversia.²

Artículo 41.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

- 41.1. Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.
- 41.2. Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquéllos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con

² CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2009, 1.ª edición, p. 45.

las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.³

Considero —como dicen varios autores— que esta norma está elaborada por una suerte de protección referida al presupuesto de la nación, con lo cual estamos hablando de normas de «orden público».

Me parece acertada la modificación de la ley, en el sentido de hacerla más clara al momento de contratar; sin embargo, los porcentajes no cambiaron, insisto en decir que se trata de políticas públicas, y al contratar con el Estado se suelen tener peculiaridades en todas las normativas internacionales.

Asimismo, al existir tratados y convenios internacionales en los cuales es parte el Perú, esta norma salvaguarda al superar los montos indicados en el contrato original, tal cual lo indica la ley, al ponerse en el supuesto de situaciones por deficiencia, o imprevisibles, posteriores a la suscripción. El titular puede autorizar hasta el 50% del monto originalmente contratado. Esto último viene de legislación internacional.

4. LAS CONTROVERSIAS REFERIDAS A LA EJECUCIÓN DE MAYORES PRESTACIONES DE SUPERVISIÓN DE OBRAS QUE REQUIERAN APROBACIÓN PREVIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, NO PUEDAN SER SOMETIDAS A ARBITRAJE

En este caso estamos hablando de un agregado a la ley. La Ley n.º 29873, que modifica el Decreto Legislativo n.º 1017, Ley de Contrataciones del Estado, agregó el párrafo 41.3, el cual dice:

³ «Ley n.º 1017. Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 1017». *Op. cit.*

«Respecto a los servicios de supervisión, cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un monto máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas. Cuando se supere el citado porcentaje, se requerirá la autorización, previa al pago, de la Contraloría General de la República, no siendo aplicable para este caso el límite establecido en el numeral 41.1 del presente artículo».⁴

En ese sentido, la ampliación del plazo si es materia arbitral, puesto que no estamos hablando de un supuesto de presupuesto sino de tiempo el cual según el caso de la norma sujeta a análisis, si sería arbitrable.

Partamos de que lo común es: un Estado en el cual en contrataciones con particulares sobre servicios u obras, y con otros Estados, se rigen por tratados internacionales o las controversias acerca de ese contrato o negociación comercial las resuelve el Poder Judicial del país donde se ejecuta el contrato o donde lo señalen las partes.

Partiendo de esa premisa, la solución de controversias mediante el Arbitraje, como su nombre lo indica es un mecanismo o medio alternativo de solución de conflictos, que no viene de la jurisdicción del Estado sino de particulares; se trata de una institución la cual se convierte con el tiempo en más rápida, especializada y más eficaz en lo que respecta a los contratos comerciales; desde allí podemos afirmar que el Perú con su legislación y normativa está avanzado en lo que se refiere a medios alternativos de solución de conflictos y al parecer por varios autores,

⁴ «Ley n.º 1017. Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 1017». *Op. cit.*

esto se debe a la situación económica y a las inversiones que en este momento está recibiendo el país y, para eso necesita brindar a sus inversores seguridad jurídica; que el propio Estado al poner como obligatoria una cláusula de solución de conflictos en los contratos que realiza con terceros; incluye al arbitraje, porque, realmente, a nivel internacional es uno de los mecanismos más eficaces, y que en cuanto a inversiones, por ejemplo, es lo más común; incluyendo el arbitraje entre Estados.

Por lo tanto, como indica Castillo Freyre citando a Cantuarias, «la ley es la suprema fuente de todo lo que puede o no arbitrarse en una sociedad».⁵ Esto quiere decir que, al referirnos a contrataciones con el Estado, lo que prima es la política pública que asuma el Estado sobre determinados temas contractuales, lo cual obviamente, debe ser correcta y transparente para las partes contratantes y para la misma gestión del Estado.

⁵ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2009, 1ª edición, p. 41.

CONFIDENCIALIDAD Y TRANSPARENCIA EN ARBITRAJES CON PARTES ESTATALES

*Roque J. Caivano**

Ha sido bastante poco abordado en doctrina cuál es la evolución que ha tenido el régimen de confidencialidad o transparencia en el arbitraje con partes estatales.

Esto tiene que ver con el traspasamiento que se hizo inicialmente del arbitraje como fórmula para resolver conflictos —inicialmente nacido en ámbito privado para resolver controversias entre particulares— al ámbito estatal. Esto ha generado una serie de problemas en varios aspectos; pero especialmente, ha tenido un fortísimo impacto en lo que tiene que ver con el régimen de transparencia o confidencialidad; porque el arbitraje, en general, se dice es confidencial.

«Se dice». Pocas veces se ha analizado hasta qué punto es confidencial, porque, por un lado, se le ve como un acuerdo sobreentendido, pero hay estudios estadísticos que se han hecho en los Estados Unidos de América o en Europa, que indican que las partes no siempre pactan el arbitraje, por razón de la confidencialidad; es decir, no es el motivo principal para que las partes pacten el arbitraje; podrá ser uno de varios, pero en este caso, siempre se predica que la confidencialidad es uno de

* Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas. Árbitro independiente. Profesor en la UBA y en varias maestrías y diplomados. Presidente del Comité Organizador de la Competencia Internacional de Arbitraje Comercial, organizada por las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y del Rosario de Bogotá. Autor o coautor de seis libros, y de, aproximadamente, 200 trabajos de doctrina. Dictó más de 200 conferencias.

los puntos de valor que el arbitraje tiene, respecto de la publicidad de los procesos judiciales, pero a partir de ahí todo es duda en cuestión de confidencialidad.

Decimos que es dudosa la fuente por la cual proviene la confidencialidad. Puede nacer de un acuerdo entre las partes si el propio acuerdo arbitral establece la confidencialidad como característica general, pues habrá un pacto específico entre las partes. Podrá ser un pacto indirecto si las partes someten a un reglamento que comprende un régimen de confidencialidad. Podrá estar plasmado en la ley.

Ahora, cuando uno mira los acuerdos, los reglamentos o las leyes, lo primero que advierte es que hay distintas gradaciones de la regulación en materia de la confidencialidad.

En algunos casos se dice: el arbitraje es confidencial o la confidencialidad es un principio inherente al arbitraje, y hasta allí llegan en materia de definiciones. A veces, cuando las propias partes lo pactan, establecen genéricamente la confidencialidad.

Ahora hemos hablado un poco de eso: ¿cuál es el alcance subjetivo y objetivo?; o sea, cuál es el alcance personal y cuál es el alcance material de la confidencialidad; ¿a quiénes alcanza? ¿Quiénes están obligados a respetar la confidencialidad? Las partes; los abogados; los abogados de las partes; los secretarios; la institución arbitral; los testigos; los peritos?

¿Quiénes y en qué medida; y hasta dónde? ¿Cuál es el alcance objetivo? ¿Qué es lo que está protegido por la confidencialidad? ¿Qué es lo que se puede revelar y qué es lo que no se puede revelar? ¿La existencia del caso? ¿Los documentos del caso? ¿Las declaraciones de los testigos? ¿El laudo? ¿Qué cosa es lo confidencial? ¿Todo? ¿Una parte?

Son pocos los acuerdos; son pocos los reglamentos, mucho menos las leyes, que se ocupan de regular el alcance subjetivo y objetivo de la

confidencialidad. Son un conjunto de leyes en las cuales se predica que la confidencialidad es un principio inherente al arbitraje, pero nadie sabe bien cuáles son sus límites; tampoco se sabe cuáles son las consecuencias de infringir el deber de confidencialidad. ¿Cuál es la sanción por violar el deber de confidencialidad? ¿Se pagan daños y perjuicios? ¿Se puede resolver el acuerdo arbitral? ¿Se puede sancionar a los árbitros? ¿Se les puede remover? ¿Se les puede recusar? ¿Y qué pasa si el que viola la confidencialidad es un perito? ¿Es un testigo?

Poco es lo que se sabe sobre esto, por lo cual —como vemos— tenemos, por un lado, un valor sobreentendido, que es que el arbitraje es confidencial.

Tenemos muy poca precisión, hasta el momento, de quiénes, qué y cuál es la consecuencia en caso de infringir esta confidencialidad. Y tenemos una enorme discusión acerca de si existe o no un deber implícito de confidencialidad. Si las partes no lo pactan; si el reglamento al que se someten no lo pactan y la ley no dice nada, como las mayorías de las leyes no dice nada de si existe o no existe un deber de confidencialidad; y si existe, cuál es la fuente; una suerte de obligación implícita nacida de las obligaciones que generan el acuerdo arbitral.

Van a encontrar jurisprudencia de los tribunales australianos y tribunales suecos que dicen que no hay tal cosa como un deber implícito de confidencialidad; o la pactan o lo establece la ley; o no existe la confidencialidad.

En el otro extremo, tenemos los tribunales ingleses que dicen que la privacidad es inherente al arbitraje; es una característica propia del arbitraje; y la privacidad lleva a crear una obligación de confidencialidad, pero aun cuando pudiéramos definir el alcance de la confidencialidad en materia de arbitraje, en general, quizá haya excepciones porque no existe aún en los casos pactados, o en los establecidos por reglamentos o por la ley, una obligación absoluta de confidencialidad.

Y todo esto por qué. Porque todo deber tiene sus excepciones, ¿y esas excepciones de dónde vienen?

Vienen —principalmente— de dos fuentes; de lo que se conoce como la excepción de interés público; esto es, cuando hay determinada información que debe hacerse pública en razón de la protección del interés general. El interés general prevalece sobre el interés particular; y, por lo tanto, cede el deber de confidencialidad. Y la otra fuente que genera una excepción gigantesca al deber de confidencialidad; gigantesca digo porque es muy difícil de precisar sus límites. Es la obligación de revelar. Yo tengo, por un lado —en teoría—, una obligación pactada o establecida por la ley de no revelar determinada información relativa al arbitraje, pero por otro lado, puedo obtener —en función de otras normas legales o de otro tipo de relaciones contractuales—, obligación de revelar.

Alguien puede decir que una empresa no tiene que revelar determinadas contingencias a su aseguradora; por ejemplo, porque está amparada por el deber de confidencialidad, y la reticencia en el seguro sobre cuál aseguradora va a asegurar; no revelan la información exacta. Alguien puede creer que una persona física o jurídica puede dejar de revelar a la Sunat una determinada situación, al amparo del deber de confidencialidad en un arbitraje; una empresa que cotiza en bolsa, que deposita sus acciones en bolsa, va a revelar a la entidad a la cual cotiza, ciertas contingencias que son capaces de impactar.

Por supuesto, alguien puede decir que —amparado en el deber de confidencialidad— «yo no les cuento a mis auditores o a mis accionistas en la asamblea, cuál es la exacta situación patrimonial en atención a una contingencia en un arbitraje».

Es obvio que tengo una obligación respecto a ciertas situaciones de revelar, siendo que el interés general prevalece sobre el deber de confidencialidad. Esto ya es un problema en el arbitraje, en general, y del arbitraje entre particulares.

Qué pasó cuando la figura del arbitraje; la herramienta del arbitraje se traspasa al mundo de la contratación pública, y aparece en el estrado. Originalmente, los arbitrajes con el Estado y los arbitrajes de inversión, en particular, siguieron el modelo del arbitraje general. Hablábamos de arbitraje, por lo tanto, eran aplicables los arbitrajes de inversión.

Comparten todos los principios inherentes al arbitraje, pero, cuando el Estado está en el medio, todo es distinto para bien o para mal, pero, ciertamente, el Estado no es lo mismo que un particular, y así fue como empezaron a hacer crisis ciertos postulados.

Si el postulado de la confidencialidad como característica inherente al arbitraje, aplicado al arbitraje con partes estatales empezó a hacer crisis por todos los costados, fue porque empezó a colisionar con normas de tratados internacionales o tratados de derechos humanos que establecen el deber de los ciudadanos de informarse de los actos del Estado.

Legislaciones internas, tales como la ley de libertad de información pública de los Estados Unidos de América, obliga a los funcionarios públicos a informar propiamente sobre cualquier situación que pudiera afectar intereses públicos, y empezó a verse que el supuesto deber de confidencialidad, derivado del arbitraje al que se estaba sometiendo el Estado, podía implicar que los funcionarios afectados estarían incumpliendo leyes, tratados o normas internas que lo obligaban a revelar, y eso —básicamente— por dos situaciones.

Por un lado, porque el Estado maneja intereses generales. Alguien dijo: «la confidencialidad no existe en la relación abogado-cliente»; y el procurador general de un Estado tiene como cliente a los «n» millones de habitantes que figuran en ese país. Por tanto, tiene que poder informarle a su cliente sobre la marcha de los asuntos que se ventilan en el arbitraje.

La existencia de Estado, entonces, genera una situación muy particular que rompe hoy el principio de confidencialidad, pero no solamente porque el Estado está involucrado como tal; y, en general, sobre el interés público, sino porque muchas materias que se ventilan en el arbitraje, son materias, especialmente, de inversión. Suelen ser materias altamente sensibles, de mucho impacto en la vida cotidiana de las ciudades; servicios sanitarios, servicios eléctricos, la prohibición de servicios públicos esenciales que son capaces de afectar a millones de personas.

Simplemente, para citar un ejemplo, un tribunal que conoció el caso de *Metalex* ante el Nafta, del año 2001, definió la idea de que existe un interés público en este arbitraje; en particular, no solamente porque las cuestiones sustantivas que se ventilan en él, van mucho más allá de las que se plantean en arbitrajes internacionales entre comerciantes; y no sólo porque una de las partes es el Estado, sino también porque el interés público deriva de la naturaleza de la cuestión a resolver en particular.

Esto llevó a un movimiento que implicó la modificación del Tratado Nafta, por ejemplo, para incorporar un mayor régimen de transparencia de las cuestiones que se ventilan en esos arbitrajes.

En el año 2003 se modificó el reglamento del Ciadi también para abrir la información y hacer posible, inclusive, la participación de *amicus curiae*; y, finalmente, el broche lo está dando hoy la Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Mercantil Internacional, que está sacando ahora un reglamento sobre la transparencia de los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado.

Se trata de un reglamento específico que regula, ya no un régimen de confidencialidad; al contrario, regula un régimen de transparencia, porque —en términos generales— la mayor apertura hacia la información en estos casos vinculados a partes estatales, se dio en el grado de admitir la participación de *amicus curiae*; es decir, de terceros interesados

que acortan —como amigos del tribunal—, opiniones o información para que el tribunal pueda decidir alguna cuestión que, definitivamente, impacta en la comunidad.

Se empezó a ver la necesidad de abrir las audiencias al público; ello también incluye la publicación del laudo. Obviamente, este tema ha generado polémica en materia de arbitraje comercial y en materia de arbitraje del Estado, porque se ha establecido; por ejemplo, que los laudos sean de conocimiento público, para fines académicos.

De esta forma, habría mucho más material para que los futuros árbitros se eduquen, pero lo cierto es que en el arbitraje entre particulares, los particulares no tienen por qué contribuir al bienestar general y al desarrollo general del arbitraje, ventilando cuestiones que no tienen por qué ventilar. Ellos tienen todo el derecho a querer mantener en privado sus asuntos, y nadie —que no sea una de las partes involucradas— tiene interés legítimo a meter sus narices en asuntos que carecen de cualquier connotación pública.

Esto en cuanto al arbitraje entre particulares. Respecto al arbitraje que involucra al Estado, el panorama cambia de manera absolutamente radical, y lo cierto es que los laudos, en materia de inversión, son completamente públicos; no tanto porque el reglamento lo diga, porque el reglamento todavía mantiene la restricción.

El reglamento Ciadi permite a la Secretaría del Ciadi publicar el razonamiento de laudo; sin embargo, los laudos Ciadi son conocidos por terceros más que las mismas partes, pues los suben a Internet y empiezan a circular por todos lados; lo que —en definitiva— está generando un cambio absoluto. De igual manera, en materia de arbitraje para particulares, la regla se da con todas las limitaciones que supone la confidencialidad sujeta a excepciones.

Y en materia de arbitraje con partes estatales, la transparencia está sujeta a excepciones. Les invito a ver el reglamento de Uncitral, que establece la participación de *amicus curiae*; la publicidad de los datos; la publicación de todos los escritos que son pasibles de conocimiento público; todas aquellas piezas específicas que el tribunal considere deban mantenerse en reserva, por alguna razón.

Tenemos —en definitiva— un cambio completo de modelo. Es decir, el modelo de un arbitraje entre particulares con confidencialidad sujeta a excepciones, y el modelo de arbitraje con partes estatales con transparencia sujeta a excepciones. Me parece que esto último está bien, porque —por un lado— respeta la obligación que tienen los funcionarios; atienden al interés público, que —finalmente— cada uno de los ciudadanos va a tener que pagar lo que esto pierde de ese arbitraje, no sólo evadiendo los impuestos, sino porque la materia en sí; aquéllas que se refieren a servicios públicos vinculados con la salud y de impacto en la vida cotidiana, generan necesidad de que los ciudadanos sepan lo que está pasando; pero, además, esto va a la transparencia, y la transparencia beneficia —principalmente— al modelo arbitral con partes estatales, porque una de las razones por las cuales los expedientes judiciales son públicos, es porque la publicidad de los actos judiciales es una forma de control social de los actos del juez, equiparándose ello a la labor de los árbitros.

Es claro que esto puede ser complicado por la influencia de la opinión política. La manipulación de la opinión pública en contra de los árbitros para presionarlos respecto a determinadas decisiones, puede llegar a ser complicado. El tema de los *amicus curiae* también tiene sus temores, pues no está exento de problemas y riesgo; pero, finalmente, contribuye a la transparencia; contribuye a restar las críticas y recelos contra la transparencia de los arbitrajes; en la medida en que se pueda demostrar que el arbitraje es lo suficientemente transparente para las partes; para los abogados y para los árbitros. El beneficio será para la entidad estatal involucrada y para el público, en general.

EL ARBITRAJE Y LA CONTRATACIÓN CON EL ESTADO ECUATORIANO

*Xavier Andrade**

Se me ha pedido que hable dentro del contexto de la mesa de contratación pública, sobre qué es lo que sucede en Ecuador en relación con el arbitraje; y he preferido referirme al término «contrataciones con el Estado», en vez de «contrataciones públicas» para tener un alcance más general, ya que, al menos bajo la ley ecuatoriana, el término «contrataciones públicas» refiere únicamente cierto tipo de contrataciones de bienes servicios, y quería hacer un análisis un poco más amplio que incluya a cualquier contrato legislativo que está en el régimen del Estado ecuatoriano.

Cuando investigaba para esta presentación me di cuenta de que lo que ha hecho el Estado ecuatoriano en esta materia, en materia de arbitraje en contratación pública, se puede asimilar a lo que excusé en el comportamiento de las personas dependiendo de su grado de madurez, y así encontré que en los años 1980; en la década de los ochentas y noventas, el Estado estaba en su etapa de infancia en cuanto se refiere al arbitraje en las contrataciones con el Estado, y se volcó al arbitraje sin entender de qué se trataba; sin saber lo que firmaba. Es en esa etapa en que firmó cuanto TBI; cuanto Tratado Bilateral de Inversiones se le pusiese en frente; sin negociarlo bien, sin entenderlo, sin siquiera contar

* Socio de Andrade Veloz desde el 2001. Su especialidad es el derecho de negocios, particularmente, en las áreas de contratación internacional, competencia (*anti-trust*), telecomunicaciones y arbitraje internacional.

con buenas traducciones de los mismos, sino a veces, con unas traducciones defectuosas; inclusive de otros idiomas al español.

También ratificó el convenio Ciadi; fue uno de los países latinoamericanos que primero suscribió la Convención del Ciadi; y, sobre todo, le tomó un mes al gobierno legislativo, ratificarlo.

A mí me llama la atención, por ejemplo, que sólo hace apenas dos meses, Canadá haya ratificado el convenio del Ciadi; sin embargo, Ecuador lo hizo hace más de dos décadas. Aceptó —cuando negoció la mayoría de contratos administrativos con inversionistas extranjeros— cláusulas de arbitraje internacional; inclusive, cláusulas Ciadi, sin saber —a mi parecer— en lo que se estaba metiendo; y bueno, al final de esta etapa de infancia del año 2007, se emitió la Ley de Arbitraje y Mediación; Ley que considero acertada con algunos defectos, pero acertada, pues está inspirada en el nuevo modelo.

Es así que, a partir de ese evento, el Estado empezó a ser un actor relevante en los arbitrajes locales, especialmente; sin embargo, con el pasar de los años, el Estado, me parece que se dio cuenta de qué es lo que estaba pasando; sobre qué es lo que firmó. Es entonces que entró, pues, en la etapa de adolescencia; y como sucede a todos en esa etapa de nuestras vidas, creo que tenemos mejor entendimiento de la realidad; pero nos cuesta aceptarla, ¿cierto?

Y cuando un padre le reprende a su hijo, lo primero que hace el hijo es ponerse a la defensiva; echarle la culpa al resto y se cree independiente. A esa determinada edad, todos nos creemos independientes, pese a que estamos aún en la casa de nuestros padres; y es un poco lo que le sucede a Ecuador.

Creo que esa etapa de adolescencia de arbitraje, que viene acompañada también de algunas decisiones de adolescentes en materia política y económica; a mi parecer inconsultas y sin suficiente análisis, especialmente

en materia contractual, de contrataciones públicas, contrataciones con el Estado, con inversionistas extranjeros, caducidades de contrato tomadas quizá de manera apresurada, o por elementos exógenos políticos; revocatorias de concesiones mineras, revocatoria de concesiones en materia de puertos, etc.

En general, eso nos ha convertido entre el segundo y tercer país más demandado en el mundo en el foro del Ciadi, y lo mismo sucedió en el ámbito local; pues el Ecuador pasó a ser demandado por varios contratantes privados, a raíz de esas cláusulas arbitrales, que se habían sembrado en su etapa de niñez; y eso, por supuesto, no le gustó al Estado, y cuando a un adolescente no le gustan las cosas, está en esa etapa en la que todos tuvimos algo de rebeldes, y uno trata de deshacer todo lo que hizo; y dentro de ese contexto, se promulgó el año 2008 la nueva Constitución del Ecuador. Esta nueva Constitución, con una buena política muy fuerte; y pese a que se reconoce el arbitraje internacional y local, se prohibió al país suscribir nuevos tratados bilaterales en los que se ceda jurisdicción soberana.

Dice textualmente nuestra Constitución —no sé qué querrá decir con ello— que «se ceda jurisdicción soberana a árbitros o a instancias de arbitraje internacional, salvo que se trate de instancias jurisdiccionales».

Asimismo, se restringió el arbitraje local, condicionándolo a obtener una autorización previa del Procurador General del Estado; y bueno, a raíz de esta excusa constitucional, de no firmar nuevos tratados en los que se ceda jurisdicción soberana a los árbitros, la Corte Constitucional, en una serie de decisiones *sui generis* —por decir lo menos— creen que fueron decisiones coordinadas con el Poder Ejecutivo, declaró inconstitucionales a los TBIs, luego de lo cual la Asamblea Constituyente, también al parecer, coordinada con el Ejecutivo, denunció mucho los TBIs, pese a que llamaba la atención que algunos TBIs, pese a haber sido ya declarados inconstitucionales, no fueron denunciados.

Llama la atención que sean los TBIs con China, con Venezuela y otras naciones aliadas paralelamente, cuyas ratificaciones Ecuador, en el año 2009, denunció ante el Ciadi; y bien, pese a todo lo anterior, parecería que el Ecuador estuviera terminando su etapa de adolescencia.

No sé si acá en Perú, pero en Ecuador le llamamos «la edad del burro», por eso han tenido varios aciertos. Dictó un Código de Producción, que trata de generar incentivos y seguridad jurídica a los inversionistas, en los que se establecen varias garantías que preveían los TBIs denunciados —los que declararon inconstitucionales—.

Creo que el Estado comprendió que atraer la inversión extranjera es importante para la economía ecuatoriana, y para atraerla se necesitaba presentar al inversionista un juego de reglas de arbitraje internacional que sean razonables y estables.

Y es así que se hizo una buena propuesta ecuatoriana, que es una propuesta mucho más madura, en la que todos los contratos recientes tienen una cláusula arbitral, bajo reglas que —bien analizadas— son bastante adecuadas en sede de Santiago de Chile y bajo la ley ecuatoriana. Esta propuesta fue aceptada por la mayoría de los inversionistas del sector privado, minero, transportes y telecomunicaciones.

Sin embargo, las consecuencias de esa adolescencia aún tienen algunos inconvenientes en materia de arbitraje local. La práctica del arbitraje local es limitada, en vista de ese condicionamiento o esa autorización previa del Procurador General del Estado, y lo que ha sucedido en la práctica, es que las contrataciones que dirigen tienen premura sobre la aplicación de una cláusula arbitral, entonces, como eso toma tiempo; es decir, ir a la procuraduría y obtener la autorización previa, pues las partes están optando por, simplemente, tener una cláusula de jurisdicción.

Un inversionista o un privado siente que no tiene las posibilidades de ganar un caso frente al Estado ante sus cortes. Es así que empiezan a

generarse incentivos perversos, a fin de tratar de arreglar las disputas de manera extrajudicial con los funcionarios de turno. Esto ha redundado en que la inversión extranjera en el Ecuador, sea escasa o casi nula.

Todo lo que les cuento les puede resultar negativo o hasta realista, y lo digo con cierta vergüenza. Paradójicamente, las contrataciones públicas se han multiplicado de manera exponencial. En los últimos cinco años existe mayor presupuesto. El presupuesto para este año es de quince mil millones de dólares en contrataciones públicas. El Estado es quien mueve la economía, sin duda, en el Ecuador; y esto nos hace llegar a algunas conclusiones. Una de ellas, a nivel local creo, es que siempre que el Estado tenga dinero y sea el mejor cliente. Las partes van a seguir firmando contratos, pese a reducir una cláusula arbitral. Esto me parece que sucede todavía en el Ecuador.

Para terminar con unas pocas reflexiones, creo que el Estado debe madurar; tiene que salir de esa etapa de la edad del burro. Asimismo, creo que los Estados deben entender lo que firman; ser mucho más responsables con lo que firman y con lo que hacen; creo que hay que pensar en políticas de largo plazo. Estamos hablando de una época de adolescencia y de niñez de únicamente veinte años, donde hubo cambios radicales en las políticas sobre arbitraje. Creo que el Estado debe ser uno de los principales contratantes, y como motor de la economía ecuatoriana, debería dar ejemplo de razonabilidad, madurez y ecuanimidad.

También es importante que los Estados conozcan que, dentro de la naturaleza de toda persona, existe la noción de justicia, y el Estado es el responsable de brindar a los ciudadanos y también a los inversionistas extranjeros, mecanismos eficientes para que puedan ejercer sus derechos; en suma, creo que el Ecuador está madurando; pues estoy seguro de que ya no firmará tratados internacionales sin entenderlos y sin analizarlos.

Además, creo que ha entendido que en un mundo interdependiente, los discursos nacionalistas tienen un límite, y que las políticas también tienen un límite, y que es más práctico mejorar las herramientas como los TBIs, en vez de deshacer todo lo hecho como Estado.

De hecho, el Estado ahora se encuentra con un ambicioso proyecto, el de tratar de renegociar los TBIs con algunos países exportadores de capital. Creo que con ello el Estado sí entra con estampa de mayor madurez. Debería el arbitraje volver a tomar fuerza en las contrataciones con el Estado.

ARBITRAJE EN MINERÍA

*Gabriela Jáuregui Morán**

Perú es un país muy atractivo para las inversiones en minería.

En los últimos años, ha figurado en puestos importantes en el ranking preparado por el Instituto Fraser (Canadá), que refleja la encuesta de alrededor de 4,000 compañías mineras, englobando a 96 jurisdicciones.

Este ranking también clasifica al Perú en su mejor posición comparativa, respecto de los factores políticos que lo ayudan a posicionarse mejor, llámese «el régimen impositivo (impuesto, complejidad de cumplimiento, planillas, etc.)».

Sin embargo, también existe la otra cara de la moneda, que lo ubica en una muy baja posición respecto a «el nivel de seguridad (amenazas de vandalismo, terrorismo, guerrilla, crimen organizado, etc.)».

Respecto de esto último, cabe precisar que, debemos prestar mucha atención a esta calificación, toda vez que esto repercute en la buena imagen que se divulga, tanto a nivel nacional como internacional. Esta condición de tener una mala ubicación en el ranking, en cuanto a seguridad, hace que se refleje en las actividades mineras, disminuyendo la inversión en exploraciones y no pudiendo hacer frente a los conflictos sociales. Si pregonamos un Estado con estabilidad legislativa, administrativa y tributaria, la inseguridad es un arma contradictoria.

* Abogada Asociada Senior del Estudio Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados, jefa del área de energía y minas de la firma.

El ranking Fraser ha clasificado en diecisiete los factores políticos tomados en cuenta por el inversionista.

Si bien en la actualidad tenemos una cartera estimada de proyectos mineros en US\$60,938 millones, algunos de los proyectos que la integran y que suman cincuenticuatro, no han indicado aún su fecha de inicio, toda vez que cada inversionista analiza largamente varios factores antes de iniciar operaciones. Uno de estos factores es la estabilidad gubernamental, que es preponderante al momento de dar luz verde a un proyecto minero.

Por ello, pareciera muy simple divulgar nuestras buenas condiciones mineras, que nos caracteriza como país polimetálico, pero si se contradice en la práctica con la agilidad que se le puede dar a un proyecto minero, no se puede hacer realidad la inversión programada.

Pues bien, si vamos a focalizarnos en la inversión regional, me gustaría hacer referencia a la situación del Cusco. La participación regional en la cartera estimada de proyectos mineros en Cusco, asciende a US\$2,746 millones, lo que equivale a 4.51% del total de proyectos a nivel nacional.

En línea con lo expuesto, podemos advertir que, para el financiamiento de un proyecto minero debemos hacer uso de las herramientas que nos proporciona, principalmente, el derecho minero y otras ramas vinculadas como el derecho financiero, el derecho comercial, derecho ambiental, derecho procesal, entre otros, lo que nos lleva a celebrar los «contratos mineros», contratos que se encuentran tipificados en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 014-92-EM.

Estos contratos, hoy en día contienen, en la mayoría de casos, la cláusula arbitral, sometiéndose así, a las instancias arbitrales, en caso de controversia.

A raíz de la celebración de los contratos mineros y con los factores preponderantes, que actualmente imposibilitan la continuación y materialización de los proyectos mineros, devienen en discusiones recurrentes, que podrían clasificarse en:

- Resoluciones contractuales.
- Inejecución de obligaciones.
- Nulidad de negocios jurídicos.
- Indemnizaciones por daños y perjuicios, entre otros.

De ellos, respecto a las cuantías de las controversias, se puede señalar que tenemos:

- Más de 100 UIT ascienden a 6%.
- De 500 a 1000 UIT ascienden a 90%.
- Menos de 500 UIT ascienden a 4%.

Como se puede apreciar, los montos sometidos a arbitraje por las controversias contractuales derivadas de los negocios mineros, aparte de ser cuantiosas, son muy onerosas porque los montos en discusión son muy elevados.

Esta peculiaridad nos lleva a reflexionar en el apoyo que se debe brindar a la inversión hecha en minería.

Desde que un inversionista pone la mira en nuestro país para dirigir sus inversiones, podemos estar ya celebrando acuerdos privados, como son los MoU (*Memorandum of Understanding*) o los LoI (*Letter of Intention*); y, desde la celebración de estos contratos preparatorios, podemos ir sometiéndonos a distintos tribunales arbitrales, en caso surja una controversia en la ejecución de obligaciones a las cuales las partes se sujetan.

Una vez tomada la decisión de invertir en minería, podemos pasar a celebrar los contratos tipificados en nuestro ordenamiento legal; ello nos lleva a señalar que los principales protagonistas en las controversias relativas a contratos mineros sometidas a arbitraje local, son:

La gran minería y mediana minería, así como las empresas proveedoras de servicios y bienes de capital, llámese:

- Empresas contratistas mineras;
- Consultoras ambientales; y
- Arrendadores de maquinaria y equipos, entre otros.

Asimismo, cabe mencionar que los contratos mineros que gatillan arbitrajes en minería son:

- Contratos de cesión minera;
- Contratos de opción de transferencia de concesión minera; y
- Contratos de transferencia de concesión minera.

Ante este panorama, cabe preguntarse, ¿por qué se recurre al arbitraje local en minería?, básicamente por:

- Dilación de los procesos judiciales y corrupción;
- Falta de especialidad de los jueces en materia minera; e
- Imprevisibilidad de los fallos judiciales.

Y si éstas son las causas básicas para someternos a un arbitraje, resulta necesario saber cuál es el resultado, en general, que se obtienen de los procesos arbitrales:

- Casos que concluyen con laudos: 36%.
- Casos que concluyen en abandono: 25%.
- Casos que concluyen en una transacción: 25%.
- Casos que concluyen en desistimiento: 14%.

- Casos en los que se cuestiona la competencia del Indemipe (Instituto de Derecho de la Minería, Petróleo y Energía), el mismo que cautela los procedimientos de arbitraje de derecho en minería.

Podemos concluir, entonces, que las controversias mineras, por lo general, involucran grandes capitales extranjeros, por lo mismo que son catalogadas de alto riesgo. Asimismo, en su trayectoria, tienen como destino jurisdicciones con tradiciones jurídicas distintas a las de su jurisdicción.

Como es una rama muy especializada la que se ventila en el arbitraje, podemos aseverar que estas controversias mineras están sometidas a una profusa regulación sectorial.

Por lo tanto, dependen de la continuidad de las buenas relaciones con el gobierno.

Por lo que, despiertan temas sensibles relacionados con el aprovechamiento de los recursos naturales.

Como ya lo he mencionado, las controversias mineras pueden suscitarse en cualquier momento, durante la vida del proyecto minero; principalmente, en las siguientes etapas:

- Cateo;
- Prospección;
- Exploración Minera;
- Explotación Minera;
- Beneficio; y
- Transporte minero.

Estas etapas, a su vez, pueden concluir en un conflicto social, que crea inseguridad, narcotráfico, corrupción e inestabilidad política, como

por ejemplo, los efectos en el Proyecto Conga, Tía María, Santa Ana y otros.

Esto involucra también un retraso en la obtención de actos administrativos habilitantes; por ejemplo, aprobación de Estudios de Impacto Ambiental, Autorización de Inicio de Actividades, ya sea de Exploración o de Explotación, entre otros.

También se puede señalar que surgen conflictos sociales latentes por la postergación de proyectos mineros. Para ello, recogemos las palabras del profesor, Joan Martínez:

[...] los conflictos ecológicos están aumentando en todo el mundo, por las demandas de materiales y energía de la población mundial de clase alta y media.

En Latinoamérica, el Perú ocupa el quinto puesto, con alrededor de 31 conflictos, seguido de Chile, en tanto el primer lugar es para Colombia, secundado por Brasil, Ecuador y Argentina.

No obstante ello, cabe finalizar expresando que Perú ofrece un marco normativo favorable para la inversión extranjera:

- Trato no discriminatorio. El inversionista extranjero recibe el mismo tratamiento que el inversionista nacional;
- Libre transferencia de capitales;
- Libre competencia;
- Garantía a la propiedad privada;
- Libertad para adquirir acciones a nacionales;
- Libertad para acceder al crédito interno y externo;
- Libertad para remesar regalía; y
- Red de convenios de inversión: Miembro del Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relacionadas con las Inversiones —Ciadi— y del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones —MIGA—.

ACTAS DEL SEGUNDO CONGRESO INTERNACIONAL DE
ARBITRAJE DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO
CUSCO 2014
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
MARZO DE 2017, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ