

**ACTAS DEL SEGUNDO SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN
EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO
GICE 2017**

*Volumen 51 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE*

Arbitraje

Actas del Segundo Seminario de Actualización en Contrataciones con el Estado GICE 2017

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ



GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN
CONTRATACIONES DEL ESTADO



Universidad Católica
San Pablo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ACTAS DEL SEGUNDO SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO GICE 2017

- © 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.consenso.pucp.edu.pe
- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600 Anexo 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe
- © GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN CONTRATACIONES DEL ESTADO (GICE)
UPC Monterrero (Facultad de Derecho).
Prolongación Primavera 2390, Cercado de Lima 15023
Telf. 943627628
gicegrupo@gmail.com

Primera edición, marzo 2018

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 2018-04265

ISBN: 978-612-47449-9-0

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Palabras liminares	9
Palabras de los miembros del Grupo de Investigación en Contrataciones con el Estado (GICE)	11
1. Introducción <i>Palabras de Bienvenida de Lesly Shica, directora del Grupo de Investigación en Contrataciones con el Estado (GICE)</i>	15
2. Primer Panel: Actuaciones preparatorias. Aspectos esenciales para una contratación eficiente <i>Marco Montoya Lazarte</i> <i>Carlos Luis Ireijo Mitzuta</i> <i>Frank Vargas Cancino (moderador)</i>	17
3. Segundo Panel: El proceso de selección, ¿Participar o no participar? Problemas en las bases, la participación en consorcio y otros temas relevantes que deben evaluarse para decidir participar <i>Martín Zecenarro Flores</i> <i>José Zegarra Pinto</i> <i>Zita Aguilera Becerril</i> <i>Juan Carlos Pinto Escobedo</i> <i>Angie Azabache (moderadora)</i>	37

4.	Tercer Panel: «Cancelación del proceso, nulidad de contrato, nulidad de actos administrativos y resolución contractual» <i>Marco Martínez Zamora</i> <i>Sergio Tafur Sánchez</i> <i>Alfredo Soria Aguilar</i> <i>Luis Yamada Alpiste (moderador)</i>	53
5.	Cuarto Panel: «Recursos Administrativos: Requisitos, oportunidad, conveniencia» <i>Ramón Huapaya Tapia</i> <i>Augusto Effio Ordóñez</i> <i>Willy Pedreschi Garcés</i> <i>Mario Ballón (moderador)</i>	77
6.	Quinto Panel: «Dispute Boards»: Experiencias internacionales y regulación en nuestro país <i>Gustavo Paredes Carbajal</i> <i>Eric Franco Regjo</i> <i>Rodrigo Freitas Cabanillas</i> <i>Jorge López Fung (moderador)</i>	93
7.	Sexto Panel: Arbitraje en Contratación con el Estado: El Arbitraje Institucional como regla general y el Arbitraje Ad Hoc como supuesto excepcional <i>Silvia Rodríguez Vásquez</i> <i>Mario Castillo Freyre</i> <i>Katty Mendoza Murgado</i> <i>Lesly Shica Seguil (moderadora)</i>	115

PALABRAS LIMINARES

Hace un año tuve enorme gusto de conocer a la doctora Lesly Shica Seguil, cuando asistí como invitado al Segundo Seminario de Actualización en Contrataciones con el Estado, que GICE organizó en el primer semestre académico del 2017.

Me llamó mucho la atención el gran interés de los integrantes del GICE y de los profesores que auspiciaban el grupo, no sólo por la organización del evento, sino fundamentalmente por propiciar el debate y el que tanto los integrantes del grupo de estudio, como los estudiantes, abogados y público en general, puedan ser partícipes de un muy valioso intercambio de ideas.

Esta impresión y las conversaciones posteriores sostenidas con Lesly Shica, me hicieron proponerle incorporar los eventos del GICE dentro de la colección *Biblioteca de Arbitraje*, que publica mi Estudio de abogados de manera ininterrumpida desde el año 2006.

Así, en esta oportunidad estamos presentando el volumen 51 de nuestra *Biblioteca*, que recoge las ponencias del referido Seminario y de los seis paneles que tuvieron lugar en aquella ocasión y en los cuales participaron más de veinticuatro especialistas en contrataciones del Estado.

Para la *Biblioteca de Arbitraje* constituye un honor publicar textos tan valiosos, los mismos que enriquecerán la doctrina nacional sobre esta materia.

Siempre he sostenido que lo peor que puede ocurrir con las exposiciones de un evento de Derecho, es que las mismas no sean publicadas, pues ellas se perderán en el tiempo.

En cambio, ahora tales intervenciones quedarán registradas tanto en nuestra publicación en formato papel, como en su difusión en texto virtual.

No quiero concluir estas palabras sin felicitar a la joven y brillante Lesly por su incesante trabajo a favor del país, tanto en la función pública, como en la investigación, en la docencia y en la organización de estos eventos académicos; todo lo cual no hace sino demostrarnos de manera permanente su vocación por el Perú, además de su inteligencia, encanto y simpatía.

A ella, al profesor Fernando Soria Aguilar, a Camila Castro Aldana, a Miguel Ángel Reyes Chuquiure y a todos los miembros del GICE, mis felicitaciones, agradecimiento y permanente compromiso.

Lima, marzo del 2018

Mario Castillo Freyre*

* Abogado, Magíster y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal de Derecho Civil (Obligaciones y Contratos) en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las Colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.estudio@castillofreyre.com

PALABRAS DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO (GICE)

ALFREDO FERNANDO SORIA AGUILAR

Profesor universitario y Asesor Principal GICE

**Integrante de la Nómina de Árbitros del OSCE y del
Registro de árbitros del Centro de Arbitraje PUCP y AMCHAM**

Recién va a cumplir dos años de existencia, sin embargo, hasta el día de hoy, el GICE ha organizado tres grandes eventos gratuitos que permitieron la capacitación y actualización de más de mil personas.

Realizar eventos de estas dimensiones no es nada fácil. No hay duda de que el Grupo de Investigación en Contrataciones con el Estado (GICE) existe y sigue creciendo gracias al gran compromiso de cada uno de sus integrantes (alumnos y ex alumnos de la UPC), pero también al apoyo de sus autoridades de la Facultad de Derecho y de los más prestigiosos profesores y especialistas en contrataciones del Estado que nos acompañaron como ponentes. Precisamente, el presente libro, que se edita gracias al inmenso apoyo del reconocido profesor Mario Castillo Freyre, contiene las reflexiones de uno de dichos eventos.

Cada evento gratuito que organiza el GICE es una gran contribución al crecimiento académico de la comunidad jurídica, pero también un gran acto de generosidad, lo cual no es cosa nimia para los seres humanos pues, como dijo Aristóteles “De todas las variedades de virtud, la generosidad es la más estimada”.

Es un gran privilegio ser parte del GICE, como profesor y asesor principal. A todo los que participan en el GICE les pido que sigan el camino de contribuir significativamente en el crecimiento académico de los demás, con el mismo entusiasmo y alegría.

LESLY NADIR SHICA SEUIL**Abogada y Gestora Pública – Fundadora y Directora GICE****Miembro del Directorio Nacional de Investigadores e Innovadores
–DINA del Perú**

A mi madre Ana María, por su incansable perseverancia.

Decidimos fundar el GICE para marcar la diferencia, siendo una plataforma que ofrece y mantiene las puertas abiertas a las iniciativas de investigación y debate sobre las contrataciones públicas y el mecanismo de resolución de controversias a través del arbitraje, materia que nos ocupa.

Esto, sumado al interés actual y creciente de los estudiantes que se van renovando con los constantes cambios sociales y económicos en el país, hace que no sólo los temas sean rígidos en lo jurídico, sino también en lo sociopolítico. Los miembros del GICE están y se preparan continuamente para aplicar sus conocimientos y experiencia a formar un juicio de valor en la sociedad.

El trabajo que realizamos en el GICE se debe a la colaboración de distintos agentes del círculo jurídico y educativo del país, especialmente el de nuestra casa de estudios, la UPC y los maestros Mario Castillo Freyre y Alfredo Soria Aguilar, quienes nos impulsan día a día a seguir trabajando más allá de las oficinas para contribuir con la educación y formación. Así también a Madeleine Osterling, una constante motivación para el trabajo en sociedad.

Me siento orgullosa de ser fundadora de un grupo humano que traduce los esquemas estrictamente jurídicos para aplicarlos en la realidad. Por ello, y con motivo de nuestra primera publicación como grupo, renuevo mi compromiso con la juventud y las buenas prácticas para seguir contribuyendo a la formación de una comunidad cada vez mejor.

CAMILA CASTRO ALDANA

Miembro fundador del Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado-GICE

Estudiante de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas- UPC

Desde que formamos parte del equipo del Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado (GICE), sabíamos el propósito que seguíamos: contribuir al aprendizaje de sinergias de especialidades en el Derecho.

El GICE ya tiene dos años de creado y ha logrado acoger a la comunidad de alumnos de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y de otras universidades a formar parte de eventos académicos que nos enriquecen profesionalmente.

Es un honor formar parte de un equipo increíble y, principalmente, recibir el apoyo del Dr. Mario Castillo Freyre para la publicación del primer libro de nuestro GICE, que es, en definitiva, un gran logro para nuestro equipo.

Finalmente, debo reconocer que en la comunidad del Derecho existen muchas oportunidades para reunir a estudiantes de diversas universidades a participar en proyectos en común como grupos, círculos, talleres, etc., todo lo cual contribuiremos a fomentar desde nuestra alma máter, la UPC.

MIGUEL ANGEL REYES CHUQUIURE

Miembro fundador del Grupo de Investigación en Contrataciones con el Estado

Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas- UPC

Desde que me invitaron a ser parte del Grupo de Investigación de Contrataciones con el Estado (GICE) hasta la fecha, soy testigo del gran interés de estudiantes, egresados y profesionales del Derecho durante los eventos que ha realizado este equipo.

Con el gran apoyo de estudiantes de la UPC, hemos podido resaltar grandes logros que hemos tenido desde el primer evento de GICE; todo, con el afán de querer compartir e incentivar a futuros profesionales del Derecho y abogados para mantenerse actualizados en el tema de contrataciones con el Estado, así como en materias relacionadas al mismo.

Soy consciente de que, durante estos casi dos años de GICE nos ha costado mucho tiempo de organización y coordinación, pero ante todo hemos demostrado compromiso y responsabilidad para dar a todos los interesados una buena exposición.

Para mí es un orgullo ser parte de un gran equipo como lo es GICE. Por ello, agradezco a todos aquellos interesados en eventos de contrataciones del Estado, como a reconocidos profesionales por ser parte del Grupo de Investigación en Contrataciones con el Estado y juntos demostrar que queremos crecer, aprender y fortalecer nuestros conocimientos jurídicos.

SEGUNDO SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN EN CONTRATACIONES DEL ESTADO

**PALABRAS DE BIENVENIDA DE LESLY SHICA, DIRECTORA DEL GRUPO DE
INVESTIGACIÓN EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO (G.I.C.E.)**

*Lesly Shica Seguil **

Muy buenas tardes con todos.

Quiero darles más la bienvenida, a nombre del grupo del cual soy fundadora, el Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado, fundado el año pasado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, UPC, de la cual soy abogada.

Este evento tiene como pilar fundamental y motivación principal, el compartir conocimientos y experiencias con los profesionales más reconocidos de nuestro país. No sólo basta con conocer el detalle de los artículos de la norma, la Ley de Contrataciones, que como ya hemos vivido en estos últimos dos años, es totalmente cambiante. En efecto, debe ser así porque, finalmente, regula las relaciones, los procesos de adquisición de bienes y servicios del Estado con los proveedores, que somos nosotros. En ese sentido, es importante poder conocer de fuente directa cuáles son los cambios más sustanciales y que impactan de manera directa en la sociedad.

* Consultora del sector público y privado en el ámbito comercial y desarrollo sostenible. Columnista del portal Politico.pe. Asimismo, ha sido miembro de la Comisión de Transferencia del Ministerio de Cultura, y, actualmente, se desempeña como asesora en el Despacho Ministerial del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social del Perú.

Vivimos últimamente casos extremos y conocidos de personajes importantes en la historia de nuestro país, que revelan hechos de corrupción respecto de los cuales no podemos ser ajenos. Por eso es importante, entre otras cosas, conocer cuáles son los mecanismos que existen para llevar a cabo un proceso adecuado de contrataciones y también conocer cuáles son las alternativas de resolución de controversias que surgen en estas contrataciones con el Estado, para saber qué es lo más adecuado, a efectos de poder dar un fin determinante para una relación contractual.

Vamos a experimentar a través de todos estos paneles, los cambios más relevantes a través del Decreto Legislativo n.º 1341, publicado este año; y, pues, sin más preámbulos, los dejo con el primer panel, a cargo de los docentes que ahora les van a mencionar. Gracias a todos, buenas tardes.

PRIMER PANEL: ACTUACIONES PREPARATORIAS. ASPECTOS ESENCIALES PARA UNA CONTRATACIÓN EFICIENTE

Marco Montoya Lazarte¹
Carlos Luis Ireijo Mitzuta²
Frank Vargas Cancino³ (moderador)

FRANK VARGAS CANCINO: Buenas tardes a todos, les agradecemos su presencia para este panel y, en función a las presentaciones ya realizadas,

¹ Abogado graduado por Pontificia Universidad Católica del Perú, tiene un máster en Contratación Pública en la Universidad de Castilla - La Mancha. Ha trabajado en Contratación Pública por más de 20 años, comenzando su experiencia en Consulcop y, luego, en CONSUCODE, donde laboró hasta el 2005. En el año 2006, laboró en la Presidencia del Consejo de Ministros, implementando las primeras compras corporativas obligatorias, por lo que obtuvo el premio de Buenas Prácticas Gubernamentales, que otorga la ONG Ciudadanos al Día en el rubro «Eficiencia en las Contrataciones». En el año 2007, fue Director de Abastecimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Actualmente, es miembro del Estudio Montoya, Chacón & Morales Abogados, árbitro en Contrataciones del Estado, consultor y docente en diferentes universidades.

² Abogado graduado por Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en Derecho Administrativo y Contrataciones Públicas. Estuvo presente en el Curso Internacional sobre Adquisiciones y Contrataciones del Estado, promovido por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, realizado en la Universidad de Lima. También realizó un máster en Contratación Pública en la Universidad de Castilla - La Mancha. En el año 2007, trabajó en el Ministerio de Educación como Jefe de Área de Procesos Públicos y, en el año 2015, fue Vocal Suplente de la Segunda Sala Permanente de Segunda Instancia del Tribunal de Disciplina Policial del Ministerio del Interior.

³ Asistente legal y secretario arbitral en el Estudio Juárez, Hospital & Latorre Abogados en el área de Arbitraje y Contrataciones con el Estado. Es adjunto de cátedra del curso de Contrataciones Parte Especial en la Facultad de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con experiencia laboral en instituciones públicas, como INDECOPI, OSCE y, además, en distintos estudios jurídicos.

comenzamos con las preguntas respectivas de este panel. La primera pregunta es para Carlos Ireijo, ¿por qué la programación es importante en el abastecimiento?

CARLOS LUIS IREJO MITZUTA: Una de las cosas que voy a compartir con Marco Montoya, aunque no lo crean somos medio promoción en CONSUCODE, éramos asistentes juntos en su momento, él tenía más pelo y yo menos canas. Dentro de lo que es el abastecimiento propiamente dicho, que tiene que ver con la compra, la gente mucho se mata pensando en cuál es el procedimiento, paga cursos de cursos y no saben que viene un gobierno y lo cambia, porque sale a su medida. Todos han tenido el suyo, en el 98 la 26850, después vino Toledo y la modificó, salió García con su 1017, Humala sacó su 30225 y, obviamente, este gobierno, su Decreto Legislativo n.º 1341.

Entonces, se instauran procedimientos, pero lo que no tienen en consideración es que, sobre la planificación y la programación, estamos en nada. O sea, la gente sabe comprar, pero no sabe por qué está comprando y una de las cosas, que yo creo que es un defecto, es que la gente no planifica, el Estado no planifica; dicen que es el mayor comprador y es el mayor deudor, porque no paga tampoco. Entonces, ahí tienes un problema, porque lo que compras, en realidad, no sabes si te está sirviendo o no, no sabes para cuándo lo estás comprando.

El ejemplo más claro dentro de lo que es mi experiencia, es Educación. El año escolar empieza en marzo y los libros se distribuyen en julio, o sea, ahí tienes un gran problema. O sea, el huayco sabes que va a venir en época de verano y recién te pones a hacer el tema cuando ya salió el huayco. Entonces, la planificación es más importante que la compra porque, finalmente, si planificas bien y algo malo te retrasa, tú igual te puedes exonerar. El problema es cuando tienes que comprar y no sabes qué comprar, o tienes que comprar y ya no te sirve lo que vas a comprar. Por eso es que es muy importante programar para cuándo lo necesitas y, sobre todo, qué cosa es lo que necesitas.

MARCO MONTOYA LAZARTE: Muy buenas tardes. Primero, agradecer por la invitación al GICE y a Telefónica por el auditorio, que nos permite estar esta tarde para conversar algunos temas de Contratación Pública.

Para tocar el tema de la programación en contrataciones, cuando uno revisa la norma de contratación pública, la norma que viene cambiando y, que yo creo, quedó trunca además del cambio, porque si uno revisa la facultad, la ley otorga facultades delegadas al Ejecutivo, dentro de las facultades delegadas, iba a salir una norma del Sistema de Abastecimiento, y el Sistema de Abastecimiento tenía su proyecto de ley; igual iba a salir, se iba a generar la Dirección General de Abastecimiento Público, estaba el proyecto de ley, por ahí lo pueden encontrar en redes circulando y no salió, no salió el Sistema de Abastecimiento, ¿por qué?, porque de repente el MEF no tenía la capacidad para organizar, no se sabía que iba a pasar por el OSCE, el OSCE ya no iba a ser el órgano rector en contratación pública, sino que se iba a generar el Sistema de Abastecimiento con esta Dirección General de Abastecimiento Público.

Y ¿qué cosa es lo que implica el Abastecimiento?, obviamente parte de la contratación, parte fundamental es la programación. Entonces, nosotros estamos utilizando para programar actividades, formularios o normas que, primero, no son las adecuadas, no estamos utilizando catálogos, tenemos un catálogo que ni siquiera es oficial, no es un catálogo para programar necesidades. Entonces, primero viene por un tema normativo el problema, porque falta normar las cosas; luego, viene el tema de la implementación y, obviamente, después viene el tema de los operadores.

A mí, algunos amigos que saben que me dedico al tema de contratación pública, algunos jefes de logística, me piden siempre «Marco, quiero un buen programador, quiero alguien que sepa programar, no quiero que tenga las 80 horas en Contrataciones del Estado, que tenga diplomado, no; quiero alguien que sepa realizar la programación,

cuándo tiene que realizarse el requerimiento, en qué momento, cómo tiene que hacerse, cómo tiene que hacerse la distribución, cómo tienen que hacerse los pagos, que conozca el PCA, el plan operativo y, además, tenga criterio».

Hoy día ya estamos en la segunda mitad del ejercicio presupuestal; quedan septiembre, octubre, noviembre, diciembre, quedan 4 meses para ejecutar el gasto público y, para ejecutar el gasto público, si nosotros vemos cuánto es lo que demora una licitación —después lo van a ver ustedes— cuánto es lo que demora una licitación, 22 días entre la convocatoria y la presentación de propuestas; si se va al OSCE con observaciones a las bases, son 7 días que tiene el OSCE, más 3 que tiene el proveedor para pagar, más 2 días para elevar, ahí tenemos 7, 8, 9, 10, 11, 12 días; si se presentan 2 postores, consentimiento de la buena pro, 8 días más, los documentos para la firma de contratos, quedan tres meses para lanzar un proceso de contratación, y que se vaya a pagar con recursos de este ejercicio presupuestal. Si no, ya mejor juegan —como yo digo— al amigo secreto ya en diciembre, porque ya el proceso no se puede ejecutar en este ejercicio presupuestal, yo no puedo convocar ahorita un proceso con previsión presupuestal, «oye, los bienes me los van a entregar en febrero»; no, no se puede, está prohibido en la norma de contratación pública, lanzar un proceso sólo con previsión presupuestal, sólo lo puedes hacer en el último trimestre del año y hacia adelante.

Entonces, ahí viene un tema fundamental. Si en septiembre no se convocan las licitaciones para pagar con adelanto en este ejercicio presupuestal, ya fue. Yo quisiera saber cuántos procesos de contratación en el Plan Anual de Contrataciones, están programados para ejecutarse, en octubre, ya eso es presupuesto 2018 y, obviamente, ahí tenemos un tema de programación. Si yo ya tengo ahí en la norma que yo ya no puedo pagar este año, ni ejecutar los recursos, porque es plata del ejercicio, el Ministerio de Transportes que ejecutaba el 98% de ejecución, todos los años tenía ejecución, el año pasado no llegó al 80%; crisis total.

Entonces, tenemos la programación con necesidades, pero también tenemos la programación con presupuesto. Entonces, obviamente, hay un tema también de deficiencia en requerimientos, mala oportunidad de generar las cosas. Ahorita estamos, obviamente, en la etapa de programación, de formulación ya del presupuesto del año 2018. Yo le preguntaría a todas las entidades del sector público, «ahorita julio acabó, señores, quiero ver su programación de recursos para el próximo año», ¿cómo estará?, ¿hay control?, ¿alguien verifica eso?, no, está en la norma ¿Cuál es el problema?, cuando uno incumple la programación, no hay norma que te sancione, no hay. «Oye, yo modiflico 20 veces el Plan Anual de Contrataciones, ¿pasa algo?», no, nada; «hice tarde mi plan anual, ¿pasa algo?», nada. Entonces, ahí hay un problema que tenemos que ver, que es un tema también normativo, pero también falta de capacidad de gestión en las entidades.

FRANK VARGAS CANCINO: ¿Qué incluye la planificación y la programación en una contratación?

CARLOS LUIS IREJO MITZUTA: Ya Marco Montoya lo ha resumido. Cuando uno planifica, cuando piensas a dónde quieres llegar, el primer documento de gestión que se tiene a corto plazo, es el Plan Operativo, ahí vas a tener tus metas, tus actividades, componentes. Eso, obviamente, tiene que ser valorizado, tiene que tener su correlativo en el PIA; y, gracias a esos documentos, sale el PAC. Entonces, como dice Marco, como acá en este país, se modifica 50 veces el plan anual, que ya parece versión de *software*, entonces, imagínate pues, si tu plan operativo lo has hecho mal, si es feo y es tu papá y tu PIA es tu mamá y también es fea, y el plan anual es tu hijo, ¿cómo crees que te va salir?, pues horrible. Entonces, por eso es que a cada rato lo están cambiando.

Entonces, cuando uno planifica en una visión abstracta, ¿qué cosa es lo que quiere?, obviamente tiene que aterrizar con el tema de los recursos y el plan anual, lo que nos genera con la programación, porque la programación ya está hecha. El PAC es la materialización de la

programación, te dice cuál es la fecha estimada para poder convocar y, como dice Marco, tú para tener tu fecha estimada y querer ejecutar el presupuesto de este año, tienes que saber cuánto te vas a demorar en los procedimientos internos y en la tramitación del requerimiento, cuánto te vas a demorar en el procedimiento de compra, que es algo más sencillo porque está regulado, y cuál es el plazo de ejecución, y ahí vas a ver si vas a ejecutar o no el presupuesto este año.

Lo malo es que en este país la planificación, como no existe, en realidad no sirve; y, en el tema del presupuesto, lo que normalmente hacen las entidades es devengar preventivamente el tema, o sea, aparte de «jugar al amigo secreto», devengan lo que no tienen, porque lo más importante en este país es ejecutar el presupuesto, no la meta, es ejecutar el presupuesto. Entonces, como el tema está invertido, el titular llega y te dice «¿cuánto presupuesto estamos ejecutando?» ese titular tiene que irse a su casa, porque lo que está diciendo es «¿cuánta plata estamos gastando?». En lugar de decir «¿cuántas metas estamos logrando?».

La ejecución del presupuesto viene porque la meta se cumple, pero al revés no, porque, entonces, tienes a fin de año, devengados preventivos y, dentro de lo que es la programación, tienes la meta cumplida y, en el almacén, no tienes absolutamente nada, ¿por qué? para que el MEF no te quite plata el otro año. Lo que dice Marco es cierto, la oportunidad del pedido, si tú quieres algo para mañana, no lo vas a pedir hoy día pues, tienes que haberlo pedido con tiempo, porque hay procedimientos internos, planificación y programación implica que la gente se ponga a pensar «¿dónde quiero llegar?, ¿cuáles son los instrumentos para llegar? y ¿cuáles son los plazos para llegar?», no solamente decir «ah ya, voy a convocar este proceso; y, si no lo convoco en febrero, cuando se ha planificado y programado, no importa». Claro, no hay una sanción, es evidente; pero, la consecuencia es peor que la sanción porque, al final, no tenemos lo que necesitamos o no compramos lo que necesitamos.

El problema no está tanto en el procedimiento, el procedimiento puede ser largo o corto, no interesa, lo que interesa es cuándo lo estás pidiendo, porque si se va demorar un montón, tienes que tomar tu previsión y pedirlo a tiempo. Es como el típico ejemplo de que quieres celebrar un quinceañero mañana y recién te pones a armarlo hoy día; o sea, nunca va a llegar ese quinceañero. Cuando programas y planificas, lo programas al revés, te pones a pensar en el local, en la comida, cuando lo primero que tienes que preguntarte es cuánta gente va a ir, pues; porque de eso depende cuánta comida vas a tener, si el local es grande o chico, porque si tu hija tiene dos amigos, no contratas un local, lo haces en tu casa.

Entonces, cada cosa que se pida y se programe, tiene una necesidad detrás; la gente ni siquiera sabe cuál es su necesidad. Entonces, se matan estudiando la 30225, «ah ya, la modificaron, entonces, págate otro cursitos de la 1341»; pero, en realidad, lo que deben aprender, que no está en la norma, es cómo tienen que planificar. Las mamás antiguas saben cómo planificar, las nuevas no sé; pero, las mamás antiguas saben planificar.

MARCO MONTOYA LAZARTE: ¿Qué incluye una planificación y programación? Yo siempre digo que toda entidad pública, toda institución en el Estado, es una persona con diversos bolsillos. En un bolsillo va a poner bienes, en otro bolsillo pone servicios, en otro bolsillo va a poner los contratos administrativos de servicios, en otro bolsillo el pago de remuneraciones, en otro bolsillo los gastos que se realizan, las inversiones, en otro bolsillo los contratos CAS, etcétera. Pero, para poder identificar los bolsillos y cuánta plata poner, tienes que saber la necesidad de cada bolsillo. Si yo pongo en este bolsillo el requerimiento, los bienes que voy a contratar y acá los servicios, tengo que saber qué cosa es un bien y qué cosa es un servicio.

Yo siempre en clase pregunto a los alumnos, ¿qué se contrata, adquisición de mobiliario o servicio de confección de mobiliario? Entonces, obviamente, es un bien, tiene que ingresar por almacenes, se va a

inventariar, es un bien, no es un servicio, se tiene que generar una orden de compra, no una orden de servicios ¿Qué pasa si la plata la tienes en servicios y no en bienes?, ¿qué cosa tienes que hacer?, tu modificación presupuestal. Tienes que sacar la plata de servicios y pasarla al tema de bienes ¿Cuántas modificaciones presupuestales? Me contaba una entidad que había hecho, a la fecha, un ministerio, 2740, 2740 modificaciones presupuestales, pasaba la plata «de aquí para acá», «de aquí para acá», «de aquí para acá».

Obviamente, ahí hay un tema importante, primero porque los recursos no están distribuidos oportunamente y la entidad tiene que conocer a qué se dedica primero, «oye, primero, de tu presupuesto, tienes que pagar ¿qué cosa?, remuneraciones», lo primero que pagas es remuneraciones, luego de remuneraciones, no pagas los CAS, pagas los gastos fijos, tu luz, tu teléfono, tu energía eléctrica; luego, después de eso, pagas tus contratos que te van a hacer vivir la entidad, vigilancia, alimentación si eres hospital, oxígeno si eres hospital, mantenimiento de aires acondicionados, mantenimiento de los equipos, comienzas a conocer primero tu entidad. ¿En función a qué la conoces? a tu ROF, a tu ley orgánica, las funciones de una municipalidad están en su ley orgánica, ¿dónde están las funciones de una entidad?, en su ley de creación o en su ROF. Entonces, la planificación también comienza en tus normas internas de creación, tienes que conocer a qué se dedica tu entidad y no estar inventando cosas. Primero, satisface las necesidades de tu entidad y cada área usuaria tendría que saber, cada gerente. Si ustedes fueran, por ejemplo, gerentes o directores de cada área usuaria, ustedes como gerentes deberían saber a qué se dedica su área, cuáles son los gastos que ocasiona su área.

Entonces, la programación primero comienza por el conocimiento de qué cosa es la entidad. Si tu entidad es muy grande, imagínense, un ministerio, el Ministerio de Educación donde ha estado Carlos, yo estaba en el Ministerio del Interior, obviamente las necesidades son diversas. La entidad tiene que comenzar primero a conocer sus cosas, para saber qué cosa va a planificar, qué cosa va a pedir, después pedirás tus

consultorías, después pedirás tus otras cosas; pero, primero, la planificación comienza con el conocimiento propio de cada área usuaria y cada requerimiento, por eso es que la norma de contrataciones cuando genera un requerimiento —eso lo vamos a hablar más adelante— dice «oye, di la finalidad pública, cuál es el objetivo que se busca», no es cualquier cosa cuando se pone la finalidad pública, es vincular el requerimiento, la necesidad, a lo que te dedicas, a la planificación, al objetivo de tu entidad. No es el análisis costo-beneficio que se pone en las normas legales, cualquier cosa, «análisis costo-beneficio, no incurre costo al Estado», eso no es, igual, la finalidad pública, ponen «finalidad publica, porque se consigue el fin público para la contratación», o sea, eso tampoco es, es vincular la necesidad con tu fin, con la necesidad propia de cada entidad.

FRANK VARGAS CANCINO: ¿Por qué hay tantas modificaciones en el Plan Anual de Contrataciones de una entidad?

CARLOS LUIS IREJO MITZUTA: La verdad, ¿por qué hay tantas modificaciones en el PAC?, ya lo dijo Marco, no saben programar y me pareció eso gracioso, cuando le dicen «oye, ¿tienes un programador que sea ordenado, que sea honesto, que no esté certificado?», yo le hubiese dicho que se cambie de país porque acá, la programación es lo que menos se hace; no hay cursos de programación, hay cursos de «certificate 80 horas en Contratación Pública», no importa, soy una bestia en programación, pero sé comprar. La gente busca, «quiero certificarme en la normativa, 80 horas», incluso cuando contratan los cursos de capacitación, son bastante graciosos, porque se supone que nosotros, que somos los que dictamos estos temas, recibimos un requerimiento cuando mandan a cotizar y ellos se supone que deberían saber qué cosa es lo que necesitan, porque ellos están ahí y, cuando tú les dices «oye, ¿qué quieres que te dicte?», te responden «no sé, usted dígame, póngame el temario». O sea, yo que no te he visto ni «en pelea de perros», quieres que te diga lo que tú necesitas.

Entonces, imagínate, si a nivel de un proceso chiquitito de capacitación, te dicen eso para normar las especificaciones, ya imagínate, pues, a nivel institucional, «oye, necesito una consultoría para ver el nivel de sanción tributaria», ¿quién crees que hace los TDR?, «oye, necesito una consultoría para ver la navegabilidad del río Amazonas», cuando las cosas son fáciles, los TDR caen de maduros, pero cuando ya son más técnicos, tienen que pensarse mejor.

Entonces, cuando uno programa y piensa qué cosa es lo que necesita para satisfacer la necesidad, en realidad, lo hace a medias, lo hace para cumplir, no sabe si realmente el procedimiento está enmarcado o no en un componente de su Plan Operativo. Entonces, puede haber situaciones excepcionales en las cuales la programación tenga que cambiar, porque es un documento dinámico, pero no puede ser que el 80% de tu plan, que es parte de tu programación, esté siendo cambiado. En muchas entidades, a estas alturas del año, que es la mitad del año, ya deben tener como 9 o 10 modificaciones del plan anual; eso quiere decir dos supuestos claves, o no has programado o eres un pésimo programador; y cualquiera de las opciones es mala, pues. La razón por la que se cambia tanto, es porque no se tome en serio porque, como dice Marco, no hay sanción, entonces, no importa pues, porque sacamos una resolución, la modificamos y salimos para adelante con el proceso.

La idea no es el proceso, o sea, tú puedes comprar algo legalmente bien, proceduralmente correcto, y comprar algo que no te sirve, ese es el problema. Esa es una de las razones por las cuales el abastecimiento, entre otras cosas también, el abastecimiento público, es totalmente ineficiente, la gente se queja de qué malos son comprando, no, qué malos son pensando antes, porque el procedimiento ya está hecho, está regulado, así no más, no se puede cambiar. Entonces, ¿por qué hay tantas fallas en eso?, deberíamos preguntarnos ¿por qué la gente compra algo y, después, no quiere pagarla?, «es que no es lo que yo quería», está bien, pero es lo que pediste. Si programas mal y pides mal, tienes un problema brutal en el Estado, es como desperdiciar la plata.

FRANK VARGAS CANCINO: ¿Cuál es la importancia del requerimiento en un proceso de contratación?

MARCO MONTOYA LAZARTE: Acerca de los requerimientos, bueno, primero, un minuto acerca del Plan Anual de Contrataciones. Hoy día PETROPERÚ, ustedes saben que está fuera del ámbito de la norma de contrataciones del Estado, antes estaba incluido dentro de la norma de contrataciones y, a pesar de eso, tiene su norma individual. Yo me acuerdo que buscando para mis clases hace algún tiempo, cuando estaba, ponía el ejemplo de PETROPERÚ, de las modificaciones que hacía a su Plan Anual de Contrataciones del Estado. Si ustedes revisan en el SEACE, antiguo, no en el nuevo, en el antiguo, cuántas modificaciones hacía PETROPERÚ a su Plan Anual de Contrataciones del Estado, van a encontrar que PETROPERÚ realizaba al año 900 modificaciones al Plan Anual de Contrataciones del Estado, 900 modificaciones, el año tiene 365 días, menos 52 sábados y domingos, menos días feriados, es decir, realizaba como 5 modificaciones al día del Plan Anual de Contrataciones. ¿Por qué?, ¿qué era lo que pasaba ahí?, ¿no funcionaba?, ¿era mala la programación?, bueno no, no hay que analizar, ¿se sancionó algo?, ¿hubo alguna responsabilidad?, no, bueno, entonces, ahí vemos qué cosa es lo que pasa.

Requerimientos. Primero vamos a dar el esquema de cómo están en la norma. El requerimiento hoy en día lo realiza el órgano encargado de contrataciones o el área usuaria, el requerimiento además contiene los términos de referencia, las especificaciones técnicas, el expediente técnico de obra y los requisitos de calificación: y, en el caso de consultorías, además tiene que enviar el área usuaria, los componentes de la consultoría. La vez pasada a mí me cotizan una consultoría para un tema y me envían los términos de referencia, arriba decía «Consultoría, cotizar para una consultoría». Yo le digo «¿dónde están los componentes?», «Doctor, ¿qué componentes?», «tienes que enviármelos, porque a la hora que cotizas a una consultoría, tienes que enviar los componentes, eso es lo que dice la norma, el área usuaria tiene que enviar los

componentes». Bueno, no sabía y pregunta «¿los componentes y los montos?», «no pues, vacío, yo tengo que llenarte los montos». Cuando me enviaron los componentes, me los enviaron ya con montos, «doctor, cotice» y ya me habían enviado cuánto era lo que tenía que cotizar en la consultoría, pésimo.

Ahí hay un tema erróneo y me dicen «doctor, pero no cotice más de 50,000 Soles», y yo le digo «¿por qué?», «porque ese es el presupuesto que tenemos, o sea, más de eso, no»; ¿Cuánto creen que coticé?, 50,000 pues, o sea, yo me adapto. Hoy día en las contrataciones te cotizan, «¿va a ser una directa o es por proceso?», «directa», «ah, 32,400»; fuera de la Ley de Contrataciones, «¿es para proceso?», «ah ya, pongo mi precio». Entonces, ahí viene un error, primero, en el tema de los componentes y, además, hoy día el área usuaria, a la hora que envía el requerimiento, tiene que decir «en este proceso de contratación no pueden ir más de dos consorcios» o «máximo como consorcio, 3 integrantes»; y, la otra pregunta, envían el requerimiento y, a veces, he encontrado en las entidades: «no doctor, nosotros no queremos hacer el requerimiento, que el requerimiento lo envié Logística» y ¿por qué?, porque la Ley de Contrataciones dice «puede».

Ahora, ¿quién tiene que ordenar dentro de una entidad pública, quién hace el requerimiento?, ¿el área usuaria o el órgano encargado de contratación? Pues la entidad, la entidad tiene que decir «en estos requerimientos, los requerimientos los hace el órgano encargado de contrataciones, en estos otros requerimientos, los va a hacer el área usuaria». Por ejemplo, en una consultoría cuyo beneficiario es el área usuaria, en algunas consultorías jamás puede hacer el requerimiento el órgano encargado de contrataciones, ahí el requerimiento tiene que hacerlo el área usuaria y tiene que enviar los componentes y tiene que enviar los requisitos de calificación, «no, pero no sabemos cuáles son los requisitos de calificación», «mira tus bases estándar, entra a la página web de OSCE, revisa las bases estándar y ahí, por cada objeto contractual, están los requisitos de calificación», «ah ya, pero eso nadie nos lo ha dicho»; ¿De

quién es el problema?, obviamente de la entidad, que no enseñó a las áreas usuarias que el requerimiento hoy día tiene que enviarse con los requisitos de calificación, y los requisitos de calificación para las áreas usuarias, son totalmente complicadísimos.

La experiencia, «oye, ya no es obligatoria», «¿qué, ya no se puede pedir experiencia», «ya no, pues, si quieras lo pides, si quieras no, no es obligatorio». Entonces, al área usuaria tienes que darle una copia de las bases estándar, ya el OSCE lo ha hecho más fácil, ha publicado un formato de modelos de requerimiento para entregárselo, ese formato yo, secretaría general, gerente municipal de cualquier entidad, se los envío a todas las áreas usuarias. «Señores, cuando hagan un requerimiento, acá está el modelito, para que no me lo devuelvas», porque ¿normalmente qué cosa es lo que ocurre?, te envío el requerimiento, logística observa, lo regresa, vuelve, regresa, va, viene. Es todo un tema porque nadie sabe.

Hoy día, por ejemplo, en muchos requerimientos ponen «la empresa debe tener 2 años de antigüedad, como mínimo», «¿2 años de antigüedad?», la experiencia hoy día en contratación pública es un requisito de calificación, pero basado en monto facturado, no es años de antigüedad y uno ve en los requerimientos «2 años de antigüedad», «debe tener 3 años de antigüedad». Yo creo que falta conocimiento de las áreas usuarias acerca de los requerimientos.

CARLOS LUIS IREJO MITZUTA: Solamente voy a hacer una acotación. Cuando la norma estableció que el requerimiento también lo podía hacer el de logística, no sabía lo que estaba haciendo, básicamente porque el usuario es el único que sabe lo que quiere o lo que necesita o, al menos, teóricamente; sino que en este país hay una tara extendida de que todo el problema del abastecimiento, tiene que ver con la logística. Eso es más falso que beso de suegra, lo que tienen que tener en cuenta, señores, es que quien direcciona, no es el logístico, si no pregúntale a un informático; quien fracciona, no es el logístico, sino pregúntale a los usuarios cuando te fraccionan las consultorías. Los usuarios normal-

mente que hacen los requerimientos, normalmente te dicen «yo de esto, no sé nada», pero fraccionar y dirigir, eso sí te lo aprendiste en clase.

Y la norma, le ha dicho al logístico «tú puedes hacerlo, cuando tú estés mejor preparado que el usuario». Eso nunca va pasar, porque la logística es un sistema administrativo transversal a cualquier entidad, tú mañana botas a un logístico del Ministerio de Salud y te lo puedes llevar a Defensa; pero, tú botas a un geógrafo, no lo vas a mandar al MINSA. Por eso son sistemas funcionales, o sea, cuando la norma dice «ah ya, logístico, tú lo puedes hacer porque estás mejor preparado», el que hizo la norma no sabía de contratación pública o se le metió un capricho por ahí, se quería vengar de alguien.

Segundo tema. Esa cuestión que ha dicho la norma, ya estaba preparada en un instructivo del año 2013, porque usuario no solamente es el que pide, sino el que por su conocimiento especial, consolida el requerimiento de un tercero. Si el abogado hace un requerimiento, él no es usuario, traes al informático y él se convierte en usuario porque es el área especializada, lo dice la norma y lo desarrolla un instructivo del año 2013. O sea, yo no sé para qué rayos se creen innovadores en la normativa y ponen eso para que el logístico también sea el que tiene que hacer el requerimiento. Hay un desconocimiento total del que escribe la norma, por eso es que cualquiera puede escribir una norma; y cualquiera puede leerla también.

FRANK VARGAS CANCINO: ¿Cuál es la importancia del área usuaria en un proceso de contratación?

MARCO MONTOYA LAZARTE: Cuando el área usuaria hoy día tiene conocimiento de la responsabilidad que tiene en el tema de contratación pública, se asusta. Cuando recién conoce el tema que hoy día es responsable de hacer los requisitos de calificación, que puede integrar el comité, aunque la norma no dice expresamente «el área usuaria», dice «aquel que tiene conocimiento técnico», cuando sabe que el fraciona-

miento hoy día también es responsabilidad, puede ser responsable del área usuaria, ya entra en pánico. Primero, no fracciona, ya no quiere fraccionar y todo delega.

El área usuaria, obviamente, es fundamental, tiene que conocer su objeto y es quien, además, en la norma hoy día, da la verificación técnica, ya no da la conformidad. Antes la alarma decía «da la conformidad», hoy día ya no; hoy día la norma dice «otorga la verificación técnica de la prestación del bien o el servicio junto con el almacenero». Entonces, primero que antes autorizaba el precio, logística hacía el estudio de mercado y le decía «válida». Entonces, hoy día se le ha dado mayor importancia al área usuaria, lo cual me parece correcto. Que sepan que hay un tema de responsabilidad en el tema de la contratación pública.

FRANK VARGAS CANCINO: ¿Cuáles son las implicancias de formular un correcto estudio de mercado y una estimación correcta del valor referencial?

MARCO MONTOYA LAZARTE: No sé si estoy feliz de que haya regresado el valor referencial con las características que ha venido, porque antes el valor referencial tenía límites, hoy día no tiene límites, hoy día un proceso puede ser hacia arriba o hacia abajo; pero, pueden rechazarte la oferta si está muy abajo porque a la entidad le parece que puede incumplirse el contrato, pero ese supuesto no se aplica al caso de subasta inversa.

Me acuerdo que cuando estaba en Essalud, un proceso para la adquisición de Lamotrigina. Lamotrigina es una pastilla para pacientes bipolares. Essalud hace el proceso por subasta inversa, se comenzó a cotizar a los postores y el proceso de contratación costaba millón y medio, millón y medio, valor referencial, millón y medio se puso por subasta inversa. Comenzó el proceso de subasta inversa y comenzó a bajar el precio, millón y medio; millón 400; millón 300; millón 200; millón; 800; 700; 600; 500; 400; 300; 135,000 Soles. Se adjudicó la Lamotrigi-

na, en ese caso, a 135,000 Soles. El analista vino corriendo a mi oficina y me dijo «Doctor, no se imagina el ahorro que hemos obtenido en la pastillita». Bueno, en la subasta inversa, ahí no se aplica el rechazo de la oferta, se aplica para todos los supuestos, menos para la subasta inversa.

La selva, hace poco, estaba en un curso en la selva y la gasolina de 95, ¿cuánto está?, ¿14 soles, 13?, 10 Soles, a 9 Soles ofertaron el precio en la selva por subasta inversa. El grifo ofertó a 9 Soles, menos que el precio de tienda ¿Qué cosa era lo que quería el postor?, llevar el producto, tener el permiso de combustible de un contrato, obtener el permiso, para llevar el combustible a la selva y ¿por qué quería el permiso para el combustible?, pues porque es un insumo químico fiscalizado, sirve para la elaboración, obviamente, de la pasta básica de cocaína.

Entonces, hoy en día ahí, no hay problema, yo creo que acá en el tema del valor referencial, en obras se ha puesto una fórmula además hoy día, no puede ser menos del 20%, tienes que hacer promedio, ¿qué cosa ha pasado con el tema del valor referencial? y el problema no es ese, el problema es que la entidad no tiene metodología para establecer el valor referencial. Peor aún, imaginemos en un proceso de contratación, yo cotizo, yo fabrico —imaginemos— determinado producto, yo envío mi cotización, mi cotización es recontraria falsa, no cumple la especificación, no cumple las categorías, no me pasa nada, no me pasa absolutamente nada, no es declaración jurada inexacta, no es falsa, yo puedo mentirle a la entidad en una cotización, no se da inicio a un procedimiento sancionador, ¿por qué?, porque forma parte de los actos preparatorios, no ingresa para formar parte.

Entonces a los postores a la hora que fabrican, que cotizan, no les importa el precio que pongan, cotizan por cotizar. Yo creo que tal como está la regulación del valor referencial, no sé si es mejor que regrese el valor estimado que estaba antes, pero ese era peor, mejor que regrese la que estaba hace unos 5 años atrás. Entonces se están regulando materias en contratación pública no adecuadas.

CARLOS LUIS IREJO MITZUTA: En realidad, en el tema de la determinación del valor, existen muchas deficiencias porque, repito, la gente piensa que esa es una chamba netamente de logística, la ley dice que es logística; pero, solamente un doctor sabe qué estetoscopio es mejor que otro o ¿tú crees que el logístico que trabaja en Essalud sabe cómo es eso?, más allá de que alguna vez se lo han aplicado, él no sabe cómo hacerlo o ¿el logístico de Defensa sabe cómo funciona un satélite? Lo que no tienen en consideración es que para que salga bien determinado un valor, el usuario tiene que ayudar y tiene que decir cuáles son los componentes que pueden tener una mayor valoración, cuál es el equipo que mejor está preparado para este tema; sino que, en este país, te vas preso por contratación pública, no por cualquier otra cosa, bueno y si eres Presidente. Pero, si es que determinas el valor, te vas preso. Entonces, nadie quiere meter la mano en el tema del valor, entonces el valor sale lo más barato.

Yo supongo que a todos, su mamá alguna vez les dijo que lo barato sale caro. Como el Estado es huérfano, no tiene mamá, nadie le ha dicho esa frase, porque pensamos que comprar lo más barato es el ahorro del milenio y lo que no se dan cuenta es que, normalmente, lo que está más barato es porque no está aprobada su calidad. Si tú te vas al mercado y alguien te ofrece algo de marca a 100 Soles y un producto nuevo a 100 Soles, la gente va a comprar el de marca. El mejor anzuelo para el consumidor, cuando la calidad está en duda, siempre es el precio y eso es tema de nivel económico, sino qué creen que la ley le voy a decir, ¿a quién se le ocurre «tamañaza» tontería? Esta es una Ley de Contratación Pública que tiene componentes económicos, pero que la gente no suele ver. Por eso es que cuando controlan una compra, te dicen «esto está sobrevaluado», primero pregúntate por qué está más caro, porque el Estado cuando compra, compra a crédito, primero me lo entregas, aparte de entregármelo me das una garantía, aparte de la garantía que me la entregas primero, te pago tarde, si te pago.

Entonces, imagínate que tu hermano deudor te pida todos los días algo y no te lo devuelva, en algún momento le vas a pedir una prenda, eso es lo que pasa, o sea, ¿creen que el Estado es inocente? Ni el proveedor, ni el Estado son inocentes y la determinación del valor, lo que te dice es cuánto cuesta un bien o un servicio a nivel de mercado y el mercado que se maneja es el mercado público, o sea, no existe un solo mercado, porque tú al privado no le vas a decir «ah, quiero comprarte un teléfono, entonces primero me entregas el teléfono, después me entregas una garantía de fiel cumplimiento y te voy a pagar de acá a 60 días vista», porque la norma puede decir que te pagan en 15 días y eso es falso. Todo proveedor que se respeta y ha sufrido, sabe el pago se demora un montón, la conformidad es otro vía crucis, o sea, recuperar la inversión es un parto.

Lo que tienen que tomar en consideración es que a la gente no le importa el contrato, le importa cobrar, cualquiera puede ganar, pocos son los que cobran, por eso es que el valor tiene que estar adecuado, por eso es que el valor sube de precio; y esas cosas son las que deben analizar cuando se hace una norma de Contratación Pública, porque es caro contratar con el Estado, no es que esté sobrevaluado, que el periodista lo diga, porque el periodista supongo que algo habrá estudiado, eso no necesariamente es cierto. Si es la última Coca Cola del desierto, ¿tú crees que va a tener el precio de mercado?, eso es lo primero que te debes preguntar cuando determinas el valor.

FRANK VARGAS CANCINO: Comentarios finales

MARCO MONTOYA LAZARTE: Bueno, un tema, cuando estábamos hablando del requerimiento, hoy día el requerimiento en la norma de contratación pública, ustedes saben que el requerimiento era el requerimiento y no se podía modificar; hoy día el artículo 34A de la norma de contratación pública establece que se puede modificar el requerimiento, ya en el contrato, o sea, te dijeron algo, te iban a entregar algo, pero si no se cambian los elementos determinantes del objeto del contrato,

pueden modificar la entrega. Y eso le han puesto la puerta trasera en la contratación pública a la entrega de los contratos, o sea, ya un contrato comenzó en una cosa y, esa puertita trasera, puede abrirse para hacer modificaciones convencionales al contrato, porque las legales estaban dadas en ampliación de plazo, adelantos, penalidades, adicionales, etcétera. Con esa quería acabar el tema del requerimiento. Yo creo que hoy día las entidades sobre el requerimiento, han dicho «oye, si tengo el 34A y no cambian los elementos determinantes, no importa lo que se adjudique, después puedo hacer el cambio con el 34^a en el Reglamento». Listo, muchas gracias a Telefónica y al GICE.

SEGUNDO PANEL: EL PROCESO DE SELECCIÓN, ¿PARTICIPAR O NO PARTICIPAR? PROBLEMAS EN LAS BASES, LA PARTICIPACIÓN EN CONSORCIO Y OTROS TEMAS RELEVANTES QUE DEBEN EVALUARSE PARA DECIDIR PARTICIPAR

Martín Zecenarro Flores⁴
José Zegarra Pinto⁵
Zita Aguilera Becerril⁶

⁴ Abogado graduado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de especialización en Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia, Concesiones y Gestión Pública. Entre los años 2002 y 2010 se ha venido desempeñando regularmente como docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de San Pedro de Chimbote, en los cursos de Derecho Concursal, Derecho de la Competencia, Propiedad Intelectual y Análisis Económico del Derecho. Desde el 2012 al 2015, laboró en KPMG Asesores S.C.R.L.; asimismo, desde febrero de 2015, presta servicios como consultor independiente a través del estudio Martín César Zecenarro Abogados, en materias de Derecho Administrativo, Derecho de la Competencia, con especial énfasis en las áreas de asesoría de proyectos de inversión pública.

⁵ Abogado con más de 13 años de experiencia profesional en instituciones públicas y privadas, con conocimientos en Arbitraje y Contrataciones con el Estado, Derecho Administrativo, Resolución de Conflictos, Gestión Pública y Privada. Es profesor del Programa Especializado en Formación de Árbitros en Contrataciones con el Estado en la Universidad ESAN. Desde el año 2011, es coordinador general de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el año 2012 trabajó como consultor en la Oficina de Normalización Previsional, contratado para el servicio de análisis y establecimiento de criterios en el rediseño y automatización de la gestión de procesos judiciales.

⁶ Abogada de la Universidad Nacional de Trujillo, tiene un máster en Administración, Derecho y Economía en los Servicios Públicos por la Universidad Carlos III de Madrid. Es socia del Estudio Echecopar desde el año 2017, asociada del Estudio Echecopar desde el año 2008, con sólidos conocimientos y experiencia en Contratación con el Estado, Concesión de Servicios, Arbitraje, Derecho Administrativo y Control Gubernamental. Es árbitro del Sistema Nacional de

Juan Carlos Pinto Escobedo⁷
Angie Azabache⁸(moderadora)

ANGIE AZABACHE: Muy buenas tardes con todos. Vamos a iniciar el presente panel con una breve presentación del doctor Juan Carlos Pinto, que muy gentilmente ha preparado para esta tarde.

JUAN CARLOS PINTO ESCOBEDO: Ante todo, agradecer al GICE, al grupo de investigación, agradecer a ustedes por su asistencia, a Telefónica, al igual que a los panelistas que han compartido esta mesa y con quienes la comparto en este momento.

Bueno, luego de las modificaciones a la ley y al reglamento, el tema que se aborda en este panel es bastante interesante, pero también bastante general. Participar o no participar; primero llama a la reflexión de si es que debemos participar en todo o no y qué tipo de problemas encontraremos en las bases, en nuestros consorcios si es que los conformamos o no, además de otros temas relevantes.

Bueno, para empezar, debemos ser conscientes de que no seremos los únicos participantes en un procedimiento de selección, pues todas las personas registradas ante el RNP vigentes, a partir de la convocatoria, van a poder registrarse como participantes. Las convocatorias de

Conciliación y Arbitraje del OSCE. Se desempeña como presidente de tribunales arbitrales y árbitro en distintas controversias sobre ejecución de contratos.

⁷ Árbitro perteneciente al listado de árbitros del OSCE y otras instituciones. Abogado con más de 10 años de experiencia, brindando asesoría legal a entidades del gobierno y empresas nacionales y extranjeras en materia Derecho Administrativo, Contratación Pública, Arbitraje, Ejecución de Contratos de Obras y Consultoría de obras. Desde el año 2013 hasta el año 2016, se desempeñó como docente en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el Centro Peruano de Formación e Investigación, asimismo, también en la Universidad ESAN y en el Colegio de Abogados.

⁸ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en Derecho Administrativo y Contrataciones con el Estado. Actualmente, se desempeña como consultora independiente en diversas empresas del sector público y privado.

los diversos procedimientos se realizan a través del SEACE que, como sabemos, es de público acceso y duran por tiempos medianos o largos, dependiendo del tipo de procedimiento ante el cual nos encontremos. La inscripción puede ser, incluso, hasta minutos antes de la realización del acto de presentación de propuestas. Entonces, tenemos que vamos a estar ante una competencia real, en tanto las bases hayan sido bien formuladas, el valor referencial se encuentre bien definido y el requerimiento, los aspectos técnicos, no se encuentren direccionados.

Entonces, tenemos un contexto. Ahora, analizando esto, la primera impresión puede sugerirnos la idea de participar en todos los procedimientos que podamos, si es que somos asesores en empresas o si tenemos una, pues así elevamos un poco la posibilidad de ser adjudicados con la buena pro; pero ¿qué cosa debemos evaluar para decidir participar o no? Como en cualquier competencia, deben existir reglas claras; si no conocemos a detalle esas condiciones generales y específicas, así como la norma que regula la competencia, no vamos a poder elaborar una buena propuesta y no competiremos con la fuerza con la que queremos. Esto se encuentra en la Ley de Contrataciones y en el Reglamento, las modificaciones que han entrado recientemente en vigor en abril.

Las directivas y las bases estandarizadas, hay un cúmulo de documentos por revisar, por analizar; pero, por otro lado, debemos tomar en cuenta que una propuesta, además, implica una serie de costos que van más allá de las horas hombre que toma su elaboración y los recursos a utilizarse, me refiero a más allá del papel, las tintas de impresión, los archivadores de presentación, en materia de obras, esto suele ser elevado, incluso, una propuesta puede costar elaborarla 20,000 Soles, 25,000 Soles, sin considerar también todo el plantel técnico que, si no forma parte de mi planilla, tendrá pues que convocar o, eventualmente, el consorcio que deberé informar. En otro tipo de procedimientos, tenemos los permisos, documentos de acreditación, autorización, *brochures* que hay que pedir a la empresa o al fabricante para determinados casos, fichas.

Entonces, hay una serie de costos que una empresa debe evaluar para decir participar o no en un procedimiento; ello, sin perjuicio de la evaluación de riesgos que existen en una convocatoria y, cuando hablo de riesgos, me refiero a los tiempos que corren en contra y, una vez que uno analiza los puntajes a los cuales quiere llegar y si cumple los requisitos de calificación, pues también evalúa los tiempos que tiene en contra para conformar un consorcio y cuánto tiempo tiene para revisar la documentación del Consorcio. Esto es un punto en el cual voy a aterrizar en la siguiente diapositiva, porque ahí es donde quiero ahondar un poco, sobre la modificación normativa, recogida tanto en la ley como en el reglamento.

Entonces, existen diversos aspectos que deben ser analizados para determinar la participación de una empresa en un procedimiento de selección. Cuando hablamos de los costos, bueno, una empresa se sitúa más o menos en un rango de competencia, dependiendo de si estamos en licitación, concurso, adjudicación simplificada; dependiendo de la cuantía las empresas revisan las convocatorias o son avisadas de alguna publicación. Tienen que entrar a revisar, si se trata de una obra, por ejemplo, los precios unitarios, los costos, ver si el expediente estuvo bien elaborado o no, cuántos profesionales, qué acreditaciones requieren. Es una evaluación bastante detallada, al igual también en una consultoría de obra, cuando se trata de elaboración de expediente o supervisión. Los bienes y servicios, pues, también tienen cierta complejidad y análisis que deben realizar.

Luego de ese análisis, y de verificar que existe una utilidad, es que la empresa decidiría elaborar una propuesta, va a tener que analizar cuántos postores hay normalmente para ese tipo de proceso, cuál es su mercado y a qué precio probablemente ha sido adjudicado este objeto de convocatoria en alguna otra actividad o en esa misma. Tomando en cuenta todo eso, hay una complicación adicional que la trae tanto la 30225, como la reciente modificación del Decreto Legislativo n.º 1341.

Voy a contarles un caso, que no debe ser muy raro. Es el de una empresa que fue sancionada en el Tribunal de Contrataciones, por haber formado parte de un consorcio, donde una de las empresas consorciadas, presentó documentación, vamos a decir no falsa, sino con información inexacta. Dada la cantidad de información que deben juntar en torno a la demostración de la experiencia del profesional clave, hubo un certificado de trabajo que demostraba la experiencia de uno de estos profesionales, que lo trajo uno de estos profesionales que quería formar parte del plantel al que convocaron, digamos que fue el folio 654 de la propuesta y el tiempo de experiencia que se indicaba en ese certificado, no coincidía con la realidad. Esto no tuvo tiempo de ser advertido por las 4 empresas que formaban parte del Consorcio; y, bueno, la entidad en su labor de fiscalización, que fue posterior, sí lo advirtió, lo mandó al Tribunal de Contrataciones y, por la responsabilidad solidaria, sancionó a las cuatro empresas. No es un caso difícil de imaginar, pero si ahora le añadimos, por ejemplo, que una de las consorciadas poseía entre sus socios a 4 personas que fueron parte de una empresa sancionada con inhabilitación definitiva, el panorama se complica.

Las modificaciones que ha traído a la 30225 el Decreto Legislativo n.^o 1341, abordan una vinculación mucho más amplia y definida en torno, incluso, a otros dispositivos, por ejemplo, relacionados con grupos económicos; voy a abordar eso en la siguiente diapositiva.

Existen costos, entonces, que ameritan una evaluación cuidadosa, sobre todo cuando se formulan propuestas en consorcios, donde las empresas asumen responsabilidad solidaria, de cara a la fiscalización posterior que puede realizar cualquier entidad. Adicionalmente, está la vinculación económica de las empresas y los impedimentos para ser postores indicados en la ley. Esto amerita una cuidadosa evaluación.

Aquí tenemos, por ejemplo, la eliminación de literal k) de la Ley n.^o 30225 y su reemplazo por los literales o) y p), además de otros que

también se encuentran en los demás artículos. Estamos hablando del artículo 11 y, literalmente, se ha suprimido el k) que hablaba, justamente, de «las personas jurídicas cuyos socios, accionistas participacionistas, titulares, órganos de administración, apoderados o representantes, hayan formado parte en los últimos 12 meses de impuesta una sanción a una persona jurídica, que se encuentra sancionada con inhabilitación temporal o definitiva».

Pues, bueno, el actual literal o), elimina el porcentaje accionarial del 5% que señalaba (el literal k) y, únicamente, pone en resaltado que se encuentran impedidas las personas naturales o jurídicas, a través de las cuales, por razón de las personas que las representan, las constituyen o participan en su accionariado, o cualquier otra circunstancia comprobable, se determine que son continuación, derivación, sucesión o testaferro de alguna persona impedida o inhabilitada o que, de alguna manera, ésta posee su control efectivo. Esos términos nos van a llevar después a un artículo del reglamento, que es el 248, donde se habla de la vinculación económica y se establecen porcentajes como el 30% en el accionariado de empresas.

Una de las novedades es el literal p), que es el siguiente literal, que trae la noción de grupo económico y es justo esa definición, lo que nos trae al reglamento que aborda la definición de grupo económico y que extiende un poco la vinculación de empresas que deberían estar impedidas de participar en los procesos de selección.

ANGIE AZABACHE: El Decreto Legislativo n.^o 1341 prevé expresamente que el OSCE debe suprimir aquellos requisitos o factores de evaluación que restrinjan la competencia de postores. La pregunta es la siguiente, ¿consideran ustedes que el OSCE está aplicando esta disposición cuando emite pronunciamientos; o, por el contrario, el OSCE mantiene la postura de permitir a las entidades que establezcan de manera arbitraria, los requisitos que limitan la competencia, bajo el entendido de que la entidad es competente para definir cómo serán satisfechas sus necesidades.

ZITA AGUILERA BECERRIL: Buenas tardes. Gracias al instituto por la invitación para compartir este panel, un placer de estar acompañada de mis colegas y gracias a ustedes por la asistencia. Supongo que a muchos de ustedes les ha cogido horario de trabajo, así que es un sacrificio también estar aquí.

La pregunta que planteas es muy interesante, de cara a los proveedores, obviamente los proveedores tienen un gran interés en participar en procesos de selección; el Estado es quien más presupuesto destina para lo que son las contrataciones; sin embargo, y eso es una práctica constante, los direccionamientos que hay en las bases del proceso de selección son muy frecuentes y eso hace que hoy por hoy el Estado siga adjudicando buena pro, con tan sólo un postor con propuesta válida, es decir, no hay una real competencia en los procesos de selección. Los procesos de selección se hacen con la finalidad de que concurre una diversidad, una pluralidad de postores y lo que ocurre en la realidad no es eso, lo que ocurre en la realidad es que cada entidad del Estado está adjudicando buena pro, teniendo solamente al frente una propuesta válida y, por ende, el Estado no está comprando necesariamente de manera más eficiente, ni optimizando sus recursos.

Esta situación es provocada, lamentablemente, desde las entidades porque, ellas, en algunos casos, por querer asegurar una contratación eficiente, establecen requisitos de cumplimiento obligatorio o factores de evaluación para efectos de puntaje, que no pueden ser cumplidos por la gran mayoría, completamente rebuscados, etcétera. Y digo “pensando bien”, cuando eso se hace para buscar eficiencia; pensando mal, hay entidades que son muy recurrentes, muy evidentes, para direccionar el proceso de selección, para impedir que accedan otros postores a la competencia y, lamentablemente, en lo que respecta al rol del OSCE, no hay un control efectivo por parte de este organismo, porque aun cuando los participantes formulan observaciones y solicitan que se eleven las bases para dictamen, de la Dirección de Riesgos, en este caso, la

posición uniforme y reiterada por parte del OSCE, es que cada entidad es la responsable y es la competente para definir cómo se van a satisfacer sus necesidades.

Las bases no pueden establecer requisitos en base a los intereses particulares de cada proveedor y, así, sumado a las limitaciones de orden técnico, porque quienes elaboran pronunciamientos son abogados del OSCE y, muchas veces, lo que se cuestiona son características técnicas que requieren un conocimiento especial de alguna materia de ingeniería, en materia de medicamentos o lo que fuere; eso hace que, en realidad, el pronunciamiento sea una cuestión casi de forma, donde el OSCE decide no acoger y lo único que le pide a la entidad es que, a propósito de la integración de las bases, registre en el SEACE un informe en el que sustente por qué es necesario ese requisito, de qué manera no se afecta la competencia y una serie de requerimientos que, en verdad, para cada entidad del Estado, son muy fáciles de cumplir, porque el papel lo aguanta todo.

Entonces, lamentablemente, desde mi punto de vista, en la experiencia que tengo y, dicho sea de paso, yo he trabajado cuando era CON-SUCODE, viendo pronunciamientos, sé cuáles son las limitaciones que se tienen en cuanto a tiempo, en cuanto a conocimiento especializado del rubro que se está observando; pero, también en la experiencia que tengo viendo bases a pedido de proveedores, me doy cuenta de que, en realidad, conforme va pasando el tiempo, cada vez la eficacia del control, de la supervisión que se hace a través de un pronunciamiento, es menor y es lamentable.

JOSÉ ZEGARRA PINTO: Buenas tardes con todos. De alguna manera complementar, porque concuerdo con todo lo dicho por mis colegas. Efectivamente, el tema del control por parte del OSCE, para ser franco, yo lo considero casi nulo. Como había señalado la doctora, entre comillas, dándole digamos el sentido de la buena fe, como que no hubiera preparación por parte de las entidades para poder desarrollar las bases.

El día de ayer, de alguna manera preparándome para la charla del día de hoy, me metí al SEACE, donde nos dicen «Oportunidad de negocio», si eres ingenuo, «Oportunidad de negocio», qué bonito suena; la otra verdad es cuando te metes a cada uno de los procesos. Bueno, me encontré con lo siguiente, no voy a decir la entidad, pero es un proceso por el cual se les entrega 3 promociones de suboficiales para capacitarlos en el tema de manejo de redes en cuestiones informáticas y periodismo. Estamos hablando de unos 270 muchachos que van a ser instruidos durante 3 años para tener esa profesión, que los va a acompañar el resto de sus vidas; y, qué lástima ver las especificaciones, entidad con 6 años de antigüedad, ¿antigüedad en qué?, yo puedo tener antigüedad en cualquier cosa, pero no en redes ni en periodismo, que es lo que se pide.

El criterio de evaluación era una cosa que me dio realmente tristeza, «en los cuales el factor de evaluación, consistirá en otorgar el máximo de la oferta de precio más bajo». Es educación, cuando lo que debe primar es la calidad, a esas 270 personas las va a acompañar su profesión todas sus vidas y aquí estamos con el precio más bajo, las personas que prepararon, ya hablando de buena fe, carecen de conocimiento total del tema educativo. Yo he sido 5 años Secretario Académico de la Facultad de Derecho de la Católica, creo conocer un poquito de educación y, por favor, es una vergüenza; y, no es un sencillo, no es un dinero cualquiera que se le va a otorgar.

La presentación de las ofertas de este proceso es el 14 de agosto, de acá a unos días y, ese mismo día; se otorga la buena pro ¿Vas a evaluar planes de estudio, propuestas de estudio de una carrera de 3 años, en horas? ¡Por Dios! Nuevamente, partiendo de la buena fe, personas que desconocen el tema educativo, el tema de la formación, el daño que están haciendo. Nuevamente, el criterio de evaluación, el más bajo.

Entonces, ¿debería existir supervisión? Pero, por supuesto, esto es gravísimo; y esto se va a otorgar en unos cuantos días. Entonces, como

bien señalaba la doctora, no se está comprando bien, se sigue comprando pésimo ¿El OSCE está realizando una actividad?, bueno, debería hacerlo. Tampoco el tema es criticar por criticar, «el OSCE no lo hace», no, siempre he considerado que esto es un sistema, un sistema del cual el OSCE es un componente, pero también tienes Contraloría, también tienes al Poder Judicial, proveedores, entidades, etcétera. Mientras no se trabaje en conjunto, mientras no se piense en un sistema, en algo macro, esto creo que va a continuar.

MARTÍN ZECENARRO FLORES: Buenas tardes a todos, muchas gracias. En el mismo sentido de los puntos de vista advertidos, yo quisiera responder la pregunta dando primero un paso atrás en torno a lo que es el tema del panel: participar o no participar.

Mis comentarios van desde el punto de vista, estrictamente, de la visión del postor, sólo he hecho asesoría privada, no sé si eso es o no un *disclaimer*; pero, un poco lo que voy a decir, refleja lo que yo siento que es la interpretación de un proveedor del Estado frente a una oportunidad de negocio, identificada en la forma de convocatoria a un proceso de selección. En un mundo ideal, en un mundo donde todo funciona, las preguntas que tendría que hacerse este postor, para saber si participa o no, es si tiene la capacidad de cumplir con los requerimientos de las bases, si tiene la capacidad financiera de estructurar una propuesta competitiva y de hacer frente al cumplimiento del contrato, tendrá que abastecerse de aquello que va a venderle a la entidad y, probablemente, vaya a tener que hacer también una evaluación del tema del tiempo que le va a tomar atender la propuesta, y ahí van a comenzar a jugar en contra los plazos tan cortos que la ley, con este propósito de presunta eficiencia, le va dejando a los procesos de selección, plazos que juegan en contra de justamente la eficiencia, tanto del proceso de selección, como de los plazos para el cumplimiento del contrato.

Pero, ese es un mundo ideal, un mundo aséptico, no contaminado, el mundo de buena fe del que estamos hablando. La realidad es mucho

más rica y, como decía el doctor Zegarra en una visión un poco sistémica, el OSCE viene a ser un componente dentro de un sistema, en verdad, es más bien un ecosistema, es una jungla en realidad. De lo que se va a preocupar el postor es, dado que esto es una competencia, los procesos de selección son procesos concurrenceales, donde varios privados van a competir entre ellos por ser elegidos con una mejor propuesta, la pregunta es ¿con quién se compite?, se compite primero con los otros participantes o posibles participantes; se compite contra las bases, por lo que acabamos de escuchar, las bases pueden estar hechas mal de buena intención o pueden estar hechas mal adrede, las bases pueden tener sembrados errores que después van a servir para una eventual nulidad, si es que resulta ganador el postor que la entidad no quería que gane; se compite contra la entidad porque la entidad, dentro de este sistema, es un monstruo con muchos poderes, posibilidades de acción, es un monstruo que es capaz de o prohijar a un proveedor que no conoce, o cancelar sus posibilidades de participación en ese y en futuros procesos, y eso no necesariamente con una mala intención, puede ser porque el proceso es tan complejo, llena de tantas responsabilidades a la entidad una mínima desviación del proceso, que la entidad tiene que andarse con mucho cuidado.

La entidad, a su vez, también tiene que hacer un análisis parecido, se tendrá que enfrentar con cómo atender la necesidad del área usuaria, pero sin poner en juego mi responsabilidad funcional, con cómo consigo un mejor producto en condiciones económicas para mi entidad; le ponen problemas para poder implementar todo eso. Entonces, la entidad también es un frente, el postor tiene que ver con quién me voy a relacionar, ¿esta entidad, qué antecedentes tiene de realizar procesos, de organizarlos bien, de no ser objeto de cuestionamientos por sus procesos? Y digo que puede que de buena intención; pero, también puede que, en algunos casos, un siguiente frente sea el binomio entidad - postor favorito, que es una realidad. Los postores tienen que enfrentarse a entidades sabiendo que, probablemente, el resultado de ese procedimiento ya está decidido y que se van a producir actos durante el desarrollo del procedimiento, donde eso se va a evidenciar.

Entonces, este entorno de saber cómo decidir, de decidir participar o no, es bastante más complicado que únicamente las bases, o únicamente el diseño del proceso; ¿Eso con qué tiene que ver?, tiene que ver con un tema que se ha tratado en el panel anterior, se va a tratar seguramente en éste y se va a tratar en los siguientes, y que es el tema que está cruzando transversalmente todo el problema de compras estatales y todo el problema de gestión pública, que es la corrupción. Entonces, ese es el enfoque de fondo.

Dentro de ese marco, la pregunta de si el OSCE ejerce bien su facultad de pronunciarse sobre la eventual restricción de la competencia de los requisitos técnicos, pues se inserta dentro de esa problemática y es tal cual como lo hemos explicado, como lo hemos escuchado ahora. El OSCE tiene adicionalmente a esta problemática, problemas de competencia. Compartiendo el esquema, el OSCE tiene que pronunciarse no sobre la calidad técnica de los requerimientos, pero el pronunciamiento que hace sí va a implicar en la evaluación de esa calidad técnica, para poder pronunciarse sobre si los requerimientos son pertinentes, pero no tiene la competencia para afectar las bases.

ZITA AGUILERA BECERRIL: Coincido con mi colega en que hay dificultades en cuanto a la especialidad que pueda tener el OSCE; pero, justamente, el Decreto Legislativo n.º 1341 en el artículo 14.2, ante esa limitación que tenía el OSCE, que, en realidad, si nosotros nos fijamos en las funciones que tiene el OSCE, que es «velar porque los procesos se desarrollen conforme a ley» y demás, para mí es una competencia que estaba implícita, pero, además, el decreto legislativo lo ha querido hacer más expreso, señalando en el 14.2 «Cuando el OSCE, en el marco de sus funciones, tome conocimiento que un requisito o regla en los documentos del procedimiento de selección, afecten la competencia, contraviniendo los principios de libertad de concurrencia y competencia, ordena a la entidad que los elimine».

Entonces, se ha hecho este énfasis, como les digo, la función siempre estuvo; pero, en el decreto legislativo se quiso poner énfasis diciéndole al OSCE: «oye, tú puedes ordenar que la entidad elimine el requisito, cuando afecte a la competencia», justamente porque ya era muy cuestionado que siempre los pronunciamientos no acogían observaciones y se mantenía en la línea de «no acojo porque es responsabilidad de la entidad definir las necesidades y, vía integración, informa entidad por escrito por qué no es razonable» y demás. Entonces, esta disposición es un mandato ya expreso, que tiene por finalidad que haya un cambio en el desenvolvimiento del incumplimiento de la función por parte de OSCE, a nivel de pronunciamientos.

MARTÍN ZECENARRO FLORES: De acuerdo. El punto está en que esa norma se inserta como una modificación que no es sistémica, sino, la norma sufre parches y esa limitación está destinada, por su redacción, a cuidar la aplicación de los principios de libre concurrencia y competencia; sin embargo, hay otros principios de legalidad que también el OSCE va a tener que cumplir, y ese es el problema con el que se enfrenta el OSCE; porque el OSCE lo que responde siempre es que da su opinión, pero deja a la entidad que modifique sus bases de acuerdo a su pronunciamiento, pero no utiliza esa facultad, si es que la tiene, para ordenar directamente el cambio. Desde el punto de vista de los privados, ese es un problema, porque el privado se siente desprotegido, porque el OSCE también, lamentablemente, tiene una facultad que no está definida cuál es: es rector, es supervisor, interviene en las compras públicas. Esa indefinición de facultades del OSCE es lo que abona al problema.

JUAN CARLOS PINTO ESCOBEDO: Bueno, para acotar algo más a lo que han mencionado mis colegas, yo creo que hay una última valla final, si es que no se logra corregir algún defecto de las bases en la etapa del pronunciamiento, del dictamen; y es que, más allá de lo cuestionable que pueda ser decirle a un postor que debe apelar o no y, con ello, arriesgar esa garantía, el Tribunal de Contrataciones en los últimos meses de este año, ha declarado nula una cantidad bastante considera-

ble de bases, más allá de darle la razón o no a alguno de los postores, declarando fundado o infundado el recurso de apelación, ha advertido una serie de errores en las bases. Entonces, alguna alternativa después de toda esa reflexión, podría ser también la de concluir que el tribunal en las competencias que tiene, pueda advertir algún error, alguna falla que, justamente, esté orientada a contravenir el principio de competencia.

ANGIE AZABACHE: El valor estimado versus el valor referencial. Antes de las modificaciones a la Ley de Contrataciones, el valor estimado fue criticado por ser un monto oculto; además, su uso se restringía solamente para bienes y servicios; en cambio, el valor referencial usado para consultorías y ejecución de obras, era un monto público. Ahora, tras la eliminación del valor estimado y la permanencia del valor referencial, el valor referencial es empleado para establecer montos de bienes, servicios, consultorías y ejecución de obras por el encargado de las contrataciones de cada entidad y, en el caso de bienes y servicios, se utilizará un estudio de mercado. Por un lado, se piensa que los proveedores, al no conocer el valor estimado del procedimiento, debían formular sus ofertas sobre la base de condiciones reales de mercado, procurando que sean lo más competitivas posibles; por otro lado, se consideraba que la creación del valor estimado generó el pago de coimas, pues permaneció como un monto secreto. La siguiente pregunta para la mesa es ¿qué opinión les merece el carácter público del valor referencial y la posibilidad de que sea reservado?, ¿consideran que la publicidad del valor referencial es un remedio eficaz contra la corrupción?

JUAN CARLOS PINTO ESCOBEDO: Bueno, antes de la entrada en vigencia de la Ley n.^o 30225, justamente existía el valor referencial y no existía este concepto de valor estimado. Cuando éste apareció en la exposición de motivos, recuerdo que tomaron como ejemplo los procesos que realizaba PETROPERÚ y que, justamente, algunos de ellos poseían esa característica de tener un valor oculto. Se pensó que esto iba en la línea de fomentar más la competencia de los postores, una competencia real en donde cada quien, en base a su propia estructura de costos, for-

mule una propuesta económica sincera. En la práctica, nos hemos dado cuenta en ese tiempo, de que eso no ha sido así; qué inocentes fueron los creadores de la norma cuando introdujeron ese concepto de valor estimado.

Yo recuerdo que cuando salió esto publicado, escribí unas breves líneas cuestionando un poco por qué es que se le tuvo tan poca fe a la Directiva; si no me equivoco fue la 04 del 2013, que definía cómo se debían realizar los estudios de mercado y cómo se debía definir el valor referencial. Recuerdo que esa Directiva obligaba a tener por lo menos 2 de las 4 fuentes, y las enumero porque son muy sencillas. Una era las cotizaciones de las empresas; la otra fuente es el valor histórico, cuánto costó este objeto de convocatoria anteriormente a esa entidad; otra, es la estructura de costos; y otra era, si no me equivoco, las adjudicaciones en otras entidades sobre este bien. Había un Excel o un formato, en donde se obligaba un poco a hacer una operación matemática y tomar en cuenta bastantes factores para definir el valor referencial.

Que sea público siempre va a ser bueno, porque esto da un parámetro y disminuye el riesgo de que haya algunos procedimientos desiertos. Yo no sé si se ha analizado, quizás ha debido hacerse, cuántos procesos han quedado desiertos durante el tiempo de vigencia del valor estimado, en tanto se ha estado compitiendo a ciegas. En mi opinión, considero positivo haber vuelto a la figura del valor referencial y que éste sea de carácter público.

MARTÍN ZECENARRO FLORES: El tema del cambio entre el valor referencial y el valor estimado, tal vez es uno de los temas que permite reflejar una idea general que yo propongo y, tal vez, se pueda compartir o no. Y es que cuando se dicta la nueva Ley de Contrataciones, la Ley n.^o 30225, lo que se propone con esa ley es hacer un cambio en el sistema de contratación, pasar de un sistema antiguo y adoptar un nuevo sistema, dejar de un lado el sistema del valor por dinero y entrar

a un sistema de gestión por resultados, y eso es lo que se propone y eso es lo que se vende como idea.

Sin embargo, este sistema de gestión por resultados es muy riesgoso, es muy riesgoso sobre todo en un entorno de lo que ya hemos dicho, el tema de la corrupción, de que al comprador público se le juzgue sólo por el resultado, un poco dejándolo libre de navegar en el procedimiento con el cual llega al resultado. Un poco el Reglamento de Contrataciones hace un giro, pareciera que el reglamento modifica la ley y vuelve a traer instituciones del modelo de valor por dinero y las pone, o sea, la ley avanzó un paso y el reglamento retrocedió ese paso por avanzar. El tema del valor estimado muestra esa intención, porque el valor estimado le deja mucha libertad a la entidad, confiando en que lo va a hacer bien; pero, le tenemos miedo y considero que es un miedo razonable.

Entonces, cuando se regresa a la nomenclatura del valor referencial, se regresa a la nomenclatura; pero, con la misma mecánica del valor estimado. Entonces, termina siendo el mismo valor estimado, pero se vuelve a llamar valor referencial. La importancia del valor referencial, de por qué se cambió el valor estimado por el valor referencial, el valor referencial en el 1017, ya tenía sus límites, el famoso límite del 10% por arriba y el inferior que fijaran las bases, el valor estimado no lo tenía. Al volverse al valor referencial, sigue siendo un valor referencial ahora sin límites. Claro, en este artículo de la propuesta temeraria que genera otro tipo de problemas y de aplicaciones también.

ANGIE AZABACHE: Muchas gracias. Lamentablemente, el tiempo del panel terminó. Agradezco a todos por su participación.

Muchas gracias.

TERCER PANEL: “CANCELACIÓN DEL PROCESO, NULIDAD DE CONTRATO, NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS Y RESOLUCIÓN CONTRACTUAL”

Marco Martínez Zamora

Sergio Tafur Sánchez

Alfredo Soria Aguilar

Luis Yamada Alpiste (Moderador)⁹

MODERADOR: ¿Consideran que las causales taxativas establecidas en la declaración de nulidad de oficio son buenas o malas para el proceso de contratación pública o consideran que debería establecerse una fórmula genérica, como en el caso de las causales de nulidad en el acto administrativo?

MARCO MARTÍNEZ ZAMORA: Deben ser taxativas necesariamente, porque no estamos hablando de un acto administrativo; estamos hablando ya de un contrato y cuando hablamos de un contrato, ya es una relación de dos. Una de las características que tiene la contratación pública es que las partes son desiguales, pero son previsiblemente desiguales. Si permitiésemos que, por cualquier motivo, pudiese anularse libremente el contrato, por cualquier invocación al orden público, realmente estaríamos ante una incertidumbre. Y, peor aún, en realidad, quien más se perjudica con una nulidad o con una resolución, es el contratista, sí; pero, más que todo, es la entidad, tiene una obra frustrada, tiene un servicio frustrado, tiene un bien frustrado finalmente.

⁹ Abogado titulado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Actualmente es abogado de Telefónica en el Perú S.A.A., con el cargo de Ejecutivo Asociado, especialista en contrataciones del Estado.

Es más, tengo que recordar que inicialmente, en la primera versión de la Ley n.º 26850, que es la primera Ley de Contrataciones del Estado, moderna, había una única causal de nulidad, firmado el contrato, antes obviamente, antes de firmar el contrato, yo puedo anular con cierta libertad; pero, ya firmado el contrato, es un tema de dos y cualquier nulidad, por regla general, tenía que ser arbitral y, de hecho, hasta hoy en día hay algunos casos en los que se piden nulidades arbitrales, la única causal que permitía en aquel momento la anulación unilateral de oficio de una de las partes, en este caso, de la entidad, era cuando se contrataba con un proveedor que estaba impedido de serlo, nada más. Era tan grave este supuesto que, efectivamente, ameritaba que la entidad intervenga de frente y no a través de un procedimiento de tercero, un tema arbitral.

Con los años se han ido incorporando, primero se incorporó el tema de haber ganado por documento falso, o sea, moralidad, luego se han ido incorporando más y, lamentablemente, la cifra de las causales ha ido aumentando algunas veces más, pero alguna de las preguntas tiene que ver ya con ese tema, no voy a hondar más allá; pero, sí, no sólo es necesario, es imprescindible que esté específicamente tipificado en qué casos se puede anular un contrato de modo unilateral por una de las partes, en este caso, la parte estatal, porque en todos los demás casos tiene que recurrirse a los mecanismos de solución de controversias.

SERGIO TAFUR SÁNCHEZ: Bueno, creo que en eso coincidimos con Marco; pero, quisiera que esto quede muy claro y, digo muy claro, porque me ha tocado ver y seguramente mis colegas o tal vez alguno de ustedes también, alegaciones por parte de alguna de las partes en los procedimientos eventualmente arbitrales, donde se discute la nulidad de un contrato que se ha hecho valer tal vez por alguna entidad pública, la causal que se invoca y, si bien es cierto, tenemos causales taxativas y creo que así deben de ser entendidas, causales taxativas en realidad, que están previstas en el 44 de la ley. Estamos hablando de nulidad de oficio del contrato.

Entendemos que acá lo que hay es una categoría diferente, una categoría que es el acto administrativo, es decir, entender que el contrato, finalmente, tiene sus propias causales que, excepcionalmente, le dan la posibilidad, estas causales, a la entidad, de poder declarar de oficio la nulidad de esta relación contractual; y, se diferencia por ende, de las causales abiertas o genéricas que ustedes van a encontrar en el artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que son las causales para declarar la nulidad de los actos administrativos. De hecho, como dice Marco, ésta es una atribución excepcional que tienen las entidades públicas que, en el camino, se han ido incorporando más causales, ya conversaremos luego si es que esa incorporación de esas demás causales adicionales que se han puesto en ese artículo, finalmente es pertinente o no es pertinente y hacia dónde apuntan; pero, en esencia, son causales excepcionales. No son sino, una reminiscencia de lo que podríamos llamar cláusulas exorbitantes que se reconocen a la entidad pública, para poder resolver en determinadas situaciones, o declarar más que resolver, en determinadas situaciones de oficio, por sí y ante sí, la nulidad de estos contratos.

Ahí van a surgir seguramente varias inquietudes, desde ya les adelanto seguramente algo que vamos a conversar, que es, por ejemplo, cómo calza el tema de la norma que está en el mismo artículo 44 de la ley, cuando nos dice que cuando en el arbitraje se analiza el tema de las nulidades de contrato, se tendrán en cuenta, en principio, las causales de nulidad de contrato previstas en ese artículo y, supletoriamente, las causales de nulidad previstas en la normativa nacional. Esa pregunta es, ¿cuando decimos normativa nacional, a qué nos referimos?, cuando la propia ley, en otro artículo, habla de lo que ustedes conocen como el orden de prelación normativa en materia de contratación pública, que me dice que primero tengo que aplicar la Constitución, las normas de la Ley de Contrataciones y su Reglamento, después las demás normas de Derecho Público y, al final, las normas de Derecho Común o Derecho Privado. Entonces, ahí me estás diciendo cuál tengo que analizar, ¿las normas de nulidades de la Ley del Procedimiento Administrativo o

tengo que analizar las normas de nulidades de Contratos, previstas en el Código Civil? Eso vamos seguramente a conversarlo en un rato, para ver cuál sería el planteamiento que podríamos tener.

Pero, hasta ahí, digamos, coincidimos en que la razón fundamentalmente es esa, esta es una facultad exorbitante del Estado y, como facultad exorbitante, tiene que ser debidamente parametrada. Si uno deja abiertas las facultades exorbitantes de una de las partes, lo único que va a generar son espacios de inequidad y, sobre todo, inseguridad. Y, sobre el tema de la inseguridad, en realidad, son los espacios más abiertos que pueden haber para el tema de, como ustedes conocen, actitudes no debidas en materia de contratación y la contratación pública, digamos, muchas veces se presta también a ese tipo de cosas.

MODERADOR: La siguiente pregunta está relacionada con el rol que cumple el orden de prelación normativa en las Contrataciones del Estado. Por ejemplo, en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, se establece que «Cuando corresponda al árbitro único evaluar la nulidad del contrato, se considera, en primer lugar, las causales previstas de la presente ley y su reglamento y, luego, las causales de nulidad aplicable en el Derecho nacional». La consulta para el panel es ¿se hace alusión a las causales de nulidad que establece la Ley del Procedimiento Administrativo General para el acto administrativo o a las causales de nulidad previstas en el Código Civil para los contratos?

ALFREDO SORIA AGUILAR: Yo puedo dar inicio al desarrollo de esta pregunta, pero seguramente mis compañeros panelistas también van a complementar. Lo que ocurre es que, respecto al tema de nulidad, hay que tener en cuenta que hay una regulación especial, en el marco de la contratación con el Estado que, precisamente, está en el artículo 44 de la ley, más específicamente en el 44.2, donde se establece cuáles son los supuestos de nulidad. Les menciono algunos, por ejemplo, cuando se contrata a alguien que está impedido en contravención de artículo 11 de la Ley de Contrataciones con el Estado, o cuando, por ejemplo, se

transgrede el principio de presunción de veracidad, es decir, se logra acreditar, se cuenta con pruebas que acreditan que aquello que fue ofrecido, no puede ser cumplido de repente por el proveedor o, de repente, el supuesto de que se suscribe el contrato cuando hay un recurso de apelación en trámite. Entonces, son supuestos, y hay otros más, son supuestos específicamente pensados en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado, en la lógica misma de la regulación especial de la contratación estatal.

Pero, lo que está, me parece, haciendo la norma en el 44.4 que es precisamente el tema que primero adelantó el doctor Tafur y, ahora, nuestro moderador plantea, es que en el 44.4 se dice que «Cuando corresponde al árbitro único o al tribunal arbitral evaluar la nulidad del contrato, se va a considerar, en primer lugar, las causales previstas en esta ley —es decir, las que hemos comentado y las que están también desarrolladas en el reglamento— luego, las causales de nulidad aplicables reconocidas en el Derecho nacional» y la duda es, precisamente, esta parte final, «en el Derecho nacional», ¿qué, también tengo que considerar las causales de nulidad, por ejemplo, de la Ley del Procedimiento General?, ¿también debo considerar las causales de nulidad que establece el Código Civil, por ejemplo, en el artículo 219?, ¿tengo que considerarlas también? y la respuesta es sí, desde mi punto de vista, sí.

Lo que ocurre es que va a ser poco común que estemos en un supuesto de nulidad de acuerdo al Código Civil, o sea, es poco común, por ejemplo, que sea objeto física o jurídicamente imposible, de repente, va a ser poco común, no quiere decir que no ocurra, va a ser poco común. O, de repente, no va a ser tan común que estemos en el supuesto de contratación con el Estado con una finalidad ilícita, se puede dar, pero si se da, sí, claro, hay que aplicar. No está específicamente señalado en la Ley de Contrataciones con el Estado, pero eventualmente, si necesitamos, tenemos que recurrir a estas normas que complementan la regulación estatal y, como lo adelantó también el doctor Tafur, la Ley de Contrataciones con el Estado, te dice que no solamente se aplica su

legislación especial, sino también podemos aplicar las otras normas de Derecho Público y también las del Derecho Privado.

Entonces, estas otras normas complementan la regulación y no debemos olvidarnos que estamos frente a un contrato, porque a veces olvidamos que estamos ante un contrato y un contrato tiene que cumplir todos sus elementos esenciales y, es por eso, que eventualmente, si hubiera algún problema que no está regulado expresamente en la regulación especial de Contrataciones con el Estado, tenemos que recurrir obviamente a las otras normas de Derecho Público y, eventualmente, tendremos que ir a las normas del Derecho Privado, es decir, a las del Código Civil. Y, sí, eventualmente podrían aplicarse las normas civiles, los supuestos de nulidad del 219, sí, pero es bien raro. Lo común es que va a aplicarse la Ley de Contrataciones con el Estado, lo común de repente es que vamos a tener que ver algún supuesto de nulidad, establecido por la Ley del Procedimiento General para el tema en competencia, etcétera, de la regulación especial, los supuestos de nulidad que plantea la Ley del Procedimiento Administrativo General; pero, la regulación específica de Contrataciones con el Estado, nos da un marco específico que atiende a los supuestos más comunes que pueden presentarte en la nulidad, en el marco de la contratación estatal.

Pero, decíamos, no hay que olvidar que pueden aplicarse también los supuestos de nulidad de la Ley del Procedimiento Administrativo General o, también, aquellos del Código Civil.

SERGIO TAFUR SÁNCHEZ: Lo lindo del Derecho, es que podemos discrepar y, de verdad, viendo lo que dice Alfredo, no lo comparto y la pregunta es ¿dónde está el punto de inflexión y por qué no comparto el tema? Ubiquemos dos cosas claras, el 44 establece, efectivamente, supuestos específicos en los cuales se puede declarar la nulidad de oficio y dice «se puede», no dice «se debe», se puede declarar la nulidad de oficio, por parte de la entidad pública. Eso está claro y ahí sí, creo que coincidimos todos. También dice el 44 que cuando se evalúen las nulidades del

contrato, el tribunal tendrá que ver, en principio, las nulidades previstas en este artículo 44, ¿correcto?, sin perjuicio de aquellas otras, que se establezcan en la legislación nacional. Lo que no dice el 44 es cuál norma de la legislación nacional regula ese tema de esas nulidades, ¿estamos de acuerdo hasta ahí? Creo que hasta ahí, estamos de acuerdo.

Por su parte, el artículo 45, si no me equivoco es el 45.3 que habla del arbitraje, dice que en el arbitraje los árbitros deberán decidir las controversias, aplicando un orden de preferencia normativa, lo que conocemos comúnmente como el orden de prelación normativa, Constitución, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, normas de Derecho Público y, al final, manda a las normas de Derecho Común.

Ahora, es evidente que yo tengo que observar ese orden de prelación normativa, prefiriendo las normas de Derecho Público a las normas de Derecho Común, creo que todos coincidiremos acá en que la Ley del Procedimiento Administrativo General no es norma civil, sino es norma de Derecho Público, podríamos meterla ahí. En consecuencia, pareciera decirme que aplique primero esa norma frente a las del Código Civil. Perfecto, pero eso se aplica en la medida que la situación que se requiera regular, sea compatible con la institución regulada en la norma de Derecho Público que yo quiero aplicar, porque si la norma de Derecho Público que yo quiero aplicar no regula esa situación, entonces, no la puedo aplicar, tengo que saltarme o tengo que obviarla, porque si no la estoy distorsionando.

Es ahí donde viene el punto de inflexión que hace que Alfredo tenga una idea y que yo tenga otra idea, por eso es bonito, porque, finalmente, en el arbitraje pasa eso, a veces tenemos opiniones discrepantes, o sea, tenemos un tribunal donde alguien tiene una idea, a veces no es mayoritaria y pierde en la decisión y, hay 2 que piensan que sí y, al final, la pregunta es ¿quién de los 3 tuvo la razón?, o simplemente es un tema de que alguien se impuso por mayoría democrática en el tema, pero la democracia tampoco da la razón.

Entonces, lo que tenemos que entender es dónde está el punto de inflexión, y el punto de inflexión creo que precisamente radica ahí, porque lo que regula la Ley del Procedimiento Administrativo en tema de nulidades en el artículo 10, son actos administrativos, es decir, actos unilaterales emitidos por la entidad pública. Esa es mi percepción, la compartimos o no la compartimos, pero, es mi percepción. Claro, actos unilaterales que, muchas veces, no siempre, pero muchas veces, obedecen al ejercicio de un derecho de petición en varias de sus formas y resuelven algo y, otras veces, no. Pero, usualmente, esos actos unilaterales son consecuencia del ejercicio del derecho de petición de un administrado. Mientras que un contrato por más público que sea, sigue siendo un contrato y, ese contrato, no es un acto unilateral, ese contrato es un acto bilateral, se gesta, su esencia es bilateral; la gestación, la esencia del acto administrativo, es unilateral. Si entiendo eso, o sea, si lo entiendo y, adicionalmente, lo comarto, porque puedo entenderlo pero no compartirlo, me daré cuenta dónde está la diferencia entre saber si es que aplico una figura o la otra.

Eso lo vemos en arbitraje, quien les habla lo ve en las demandas arbitrales, en las defensas de las entidades, cuando invocan y dicen «yo declaré la nulidad al amparo del artículo tal, al amparo de la causal tal del artículo 44; pero, además, señor, también esa causal está puesta en el inciso tal del artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General; pero, además, también está puesta en el inciso tal del artículo 219 del Código Civil». A ver, pongámonos de acuerdo, total ¿dónde está?, ¿cuál se aplica?, ¿las tres o una?, ¿o dos?, ¿por qué resulta siendo nulo?, ¿me siguen en el tema? Entonces, creo que ahí está un poco el tema de inflexión diferenciada o el punto de inflexión que lleva a consecuencias diferentes.

MARCO MARTÍNEZ ZAMORA: En realidad, siempre es bueno recordar que firmado el contrato, tenemos un régimen dual de nulidades, algunas cuantas, lamentablemente cada vez más, porque se les ocurre ir aumentando estas causales, pueden ser declaradas unilateralmente por

la entidad. Pero otro grupo, también puede ser declarado nulo efectivamente, pero a través del arbitraje correspondiente. Justamente, ese artículo en mención, el artículo 44, a lo que hace referencia es a que ya sea como haya sido puesto a conocimiento del tribunal, éste tiene que resolver sobre una nulidad, o bien porque se refería a una de las causales establecidas, en las cuales la entidad unilateralmente puede hacerlo, o bien porque la entidad o el contratista, cualquiera de los dos, ha pedido la nulidad de un acto correspondiente, un acto contractual, un aspecto del contrato y, en este caso, el tribunal, ya sea en uno o en otro caso, tiene que decidir, pero lo primero, es que tiene que decidir sobre la nulidad que está solicitada, «yo solicito que se deje sin efecto la nulidad dispuesta por la entidad» o «yo solicito que se declare la nulidad de tal acto por este motivo». De los dos hay casos arbitrales.

La pregunta es, ¿en este supuesto, qué es lo que se aplica finalmente?, la primera regla es que tiene que estar pedido, tiene que ser parte del petitorio, sino el árbitro no puede pronunciarse, acá no es que encontró una nulidad y la declara sin que nadie le haya avisado, eso es lo primero de todo. Lo segundo es, ¿qué es lo que aplica?, ¿el orden de prelación?, que ya muy bien lo ha comentado Sergio, o ¿se van directamente al Derecho Común? O, sin ningún orden, de manera anómica, ¿yo puedo tomar uno o puedo tomar el otro, de acuerdo a lo que me hayan recomendado?

En realidad, el OSCE no ayuda mucho en esto. Uno podría pensar de inicio que tenemos el orden de prelación establecido reglamentariamente y que hay que tomar primero la norma de Derecho Público; sin embargo, hay una opinión muy interesante —a veces también les liga—, la n.º 138-2012 del OSCE, en la cual hace un análisis muy interesante y nos dice «está bien, el orden de prelación dice que primero yo aplico el Derecho Público, en este caso la Ley del Procedimiento Administrativo General y, después, el Derecho Común, es decir, el Código Civil; pero, firmado el contrato, ¿cómo aplico —todo esto lo razona esta opinión muy interesante, por cierto— una norma unilateral a una relación bila-

teral?, no puedo. Entonces, habrá casos en los cuales yo me voy a saltar directamente a la norma de Derecho Privado». Tal cual, hace un análisis muy interesante, yo comparto ese análisis efectivamente y sí me queda la duda de que, efectivamente, si bien hay un orden de prelación, al momento que el tribunal arbitral va a analizar una controversia, tiene que ver primero si la norma de Derecho Público va a ser compatible o no, yo puedo invocar varias cosas; pero, finalmente, tengo que ver cuál es la compatible, tengo que aplicar el Derecho finalmente y, en algunos casos, iremos directamente al Derecho Privado. Creo que, en realidad, no discrepo ni con uno, ni con otro.

ALFREDO SORIA AGUILAR: Simplemente, como bien comentó Marco, hay dos grandes escenarios y creo que eso debí también precisarlo. Hay uno en el cual, de oficio, la entidad puede declarar nulo y eso está específicamente señalado por la norma en el 44.2 del literal a) al g), la entidad no puede aplicar otra cosa que lo que está en la norma especial, eso también lo explicó Sergio. El árbitro, sí, de acuerdo a lo que dice la norma, puede eventualmente aplicar otras normas del Derecho nacional y es precisamente la duda que nos planteaba Sergio, el árbitro, no la entidad. Entonces, esa es una primera precisión que, de las exposiciones anteriores, creo que debí hacerla, pero ahora la hago. Entonces, el árbitro es el que puede hacer eso y, eventualmente, ocurre, como bien señaló Sergio, que cuando plantean una nulidad, te dicen «es nulo por una norma de contrataciones con el Estado, por una norma de la Ley del Procedimiento Administrativo General y por una norma del Código Civil», eso no se puede hacer. Si hay una norma especial, aplica la norma especial de contrataciones con el Estado, ya no tengo que ir a otras disposiciones, si está señalado en la norma especial, ya no tengo que ir a otras disposiciones. Ante el vacío de la norma especial, es que recién vamos a buscar otras normas en el Derecho Público eventualmente, en muy pocos casos, como ya adelantó también Marco, es bien raro, en una relación bilateral cómo vas a aplicar una lógica de Ley del Procedimiento Administrativo General, que regula la actuación de la Administración y, eventualmente, si no encuentras en el Derecho Público, en

las normas del Derecho Privado, pero es bien raro que apliquemos las normas de Derecho Privado.

Ahora, ¿cuándo podría aplicar las normas de Derecho Público, la Ley del Procedimiento Administrativo General?, por ejemplo, en los supuestos que no están establecidos en la norma especial, pero que tienen que ver con la celebración misma del contrato y es una formalidad señalada por la regulación especial de Derecho Administrativo, por ejemplo, temas de competencia, en los supuestos específicos de nulidad de oficio, creo que no está ese supuesto. Entonces, si una de las partes dice «es nulo porque no lo suscribió quien tenía que suscribirlo», entonces, ¿cómo declaro nulo? Entonces ahí, ¿qué tiene que hacer el árbitro?, la ley especial no lo dice, ¿qué digo, que es válido cuando, en realidad, no lo celebró el órgano competente? Tenemos que aplicar la Ley del Procedimiento Administrativo General, pero es bien raro, pero sí, eventualmente, se puede aplicar. Y, bueno, las de Derecho Común, Código Civil, más raro aún, pero también se pueden aplicar, pero en ese orden, no todas a la vez, no todo en conjunto. Tenía que hacer esa precisión.

MODERADOR: ¿Cuán pertinentes son las causales de nulidad de oficio de los contratos previstas en el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado?, ¿qué protegen? O, a su consideración, ¿se estaría trasladando al contratista consecuencias de actuaciones indebidas que debió prever el Estado, a través de las entidades que lo representan?

SERGIO TAFUR SÁNCHEZ: Solamente para plantear un poco la pregunta que se formula. Como bien decía Marco hace un rato, estas causales de nulidad de oficio que hoy las tenemos en el 44, han ido incrementándose a lo largo de los años, desde la versión inicial de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado. Hoy día tenemos varias de estas causales y la pregunta formulada viene básicamente a una inquietud, que es «¿esta incorporación de diversas causales que permiten a la entidad declarar de oficio la nulidad de un contrato y ha ido ampliando esa posibilidad a lo largo de los años, ha obedecido a un

tema pensado?, ¿ha obedecido a un tema en donde evidentemente, el contratista es responsable también?, porque, claro, cuando se declara la nulidad de un contrato, hay consecuencias que se van a generar, la primera consecuencia es que el contratista se queda en el aire, o sea, si el contratista compró una serie de bienes, equipos, maquinarias, para brindar el servicio, para hacer la obra que todavía no la está ejecutado, o la está ejecutando, está a la mitad, compromisos financieros o lo que sea y, de repente, viene la entidad y dice «el contrato es nulo».

Bueno, primero tengan por seguro que la autoridad pública no le va a pagar nada, luego van a ir a arbitraje y va a pagarle cualquier cosa, y les digo eso por la experiencia personal, yo lo he visto y ni hablemos de gobiernos locales, entra el nuevo alcalde y dice que lo que hizo el anterior es todo nulo y lo declara nulo y, finalmente, deja colgado al contratista; como también es cierto que hay contratistas, que es evidente, uno se da cuenta, que se han puesto en contubernio con el alcalde anterior para «sacarle el alma» a la municipalidad o al gobierno regional. Hay de los dos lados.

Pero, vamos al sistema, cómo está creado, la pregunta es si, en realidad, cuando se han ido incorporando estas causales, ¿se han dado cuenta si es que, en realidad, la consecuencia que va a generar la nulidad, eventualmente, es una consecuencia que podría haber sido advertida, prevista, por parte del contratista? O, finalmente, ¿le estamos trasladando al contratista también, una consecuencia de la ineficiencia de la propia administración? Entonces, diferenciamos algunas causales, por ejemplo, causal de nulidad de oficio del contrato, si hago un contrato estando impedido, evidentemente creo que el contratista tiene que saber si está impedido o no para contratar con el Estado y, si no lo sabe, bueno, ya es su problema, que se lleve bien su causal de nulidad y que no me venga a reclamar. Pero, hay algunas que me llaman la atención, por ejemplo, y que obedecen a otra lógica, nulidad del contrato, causal d) del 44.2, «cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la norma, a fin de la configuración de algunos de los supuestos que habilitan la contratación directa».

A ver, a ver, ¿de qué estamos hablando?, hoy día contratación directa es lo que antes se conocía como exoneración. Entonces, ¿estamos hablando de qué?, estamos hablando de una entidad pública que decidió contratar de manera exonerada, o sea, vía contratación directa y, para hacerlo, ¿cómo lo hizo?, ¿porque se le habrá aparecido la Virgen el alcalde?, no, lo hizo porque hubo alguien, seguramente alguna área usuaria que dijo «señores, en este caso hay que aplicar una contratación directa», estamos en alguno de los supuestos de la ley para proceder a la contratación directa. Pero ahí no queda el tema, la ley le exigió que exista un informe técnico al interior de la entidad, exigió y exige que haya un informe legal al interior de la entidad, para proceder a la contratación directa, exige además, que esa contratación sea aprobada por una instancia pertinente, si hablamos de una municipalidad, por el Concejo, si no me equivoco, o de un gobierno regional, o de una empresa del Estado, me parece que es por el Directorio, por la máxima autoridad de la entidad.

O sea, estamos hablando de todo un procedimiento que se ha seguido, con opiniones favorables para ese tema y en donde el contratista fue invitado a dedo, por cierto, pero fue invitado para decirle «oye, ¿me quieres vender 10,000 carpas para emergencia?» y él dijo «sí, yo te vendo» y lo que él, por lo menos, debería haber visto es que se haya seguido ese procedimiento. Y resulta que 6 meses después, viene el auditor y dice «no, no, no, lo que dijo el informe técnico y el informe legal está mal, no calza en el supuesto en mi opinión; entonces, anulo el contrato», ¿me siguen en el tema? y la pregunta es ¿qué estamos haciendo ahí?, en aras del interés público, en aras del interés colectivo, la defensa de los fondos públicos o como quieran llamar a este tema, ¿le estamos cargando a alguien que no tuvo vela en el entierro y que fue invitado, para que asuma las consecuencias de la inefficiencia de la otra parte? O, por ejemplo, cuando escuchaba hace un ratito el tema del valor referencial acá, los que son un poquito mayores se van a acordar, licitación de camionetas patrulleros Tucson, Gildemeister, ¿qué pasó?, dijeron que el precio había sido sobrevaluado, que habían vendido a

mayor precio, ¿en dónde estuvo, en realidad, el error?, en la formación del valor referencial.

Si hay un —discúlpeme la expresión— si hay un idiota que se llama Estado que dice que quiere pagar por una camioneta de ciertas características 25,000 Dólares, y hay alguien que tiene un precio más abajo de eso o muy cercano a eso, pero que puede vender y hay alguien que quiere pagar más y le ofrece un poco más, bueno, ganó pues. El problema no lo generó él, el problema, en mi modesta opinión, lo generó el que hizo deficientemente su valor referencial, es más, tenía que haber todo un proceso, que ustedes saben, para formar el valor referencial por parte de las entidades públicas y lo hizo mal. Al final, ¿cómo declaran nulo el contrato?, porque si se acuerdan, Pilar Mazzetti hizo una comisión para tratar de renegociar el precio, sale Pilar Mazzetti, viene Alva Castro, dice «yo este chicharrón no me lo como, yo no firmo», y declara nulo el contrato y ¿qué invoca?, violación del principio de presunción de veracidad, causal contemplada como causal de nulidad de contrato y ¿dónde está la violación del principio de presunción de veracidad?, «es que el postor que ganó, hizo una oferta económica con un precio que no es el precio con el que usualmente vende las camionetas en el mercado» y dijeron que eso era violación del principio de veracidad, porque el señor está obligado o tiene el deber de venderle al Estado en condiciones, claro, más baratas, más aun si va a vender 1000 camionetas, que aquella que le vendo el señor.

Se olvidan que venderle al Estado, tiene un montón de problemas colaterales o, mejor dicho, riesgos colaterales. Si yo me voy al Banco de Crédito y el Banco de Crédito no me paga, me voy a un arbitraje, si pactamos arbitraje y, al día siguiente, le ejecuto y le cobro; pero, si me voy a un arbitraje con una entidad pública, después de haberle ganado y probablemente haberme hecho a mí pagar el tema del arbitraje, y le quiero cobrar, me va a sacar la lengua y me va a decir «cóbrame cuando puedas», y ¿eso se traslada en costo o no? Entonces, un esquema de contratación pública tiene que ser un esquema equilibrado; si no, estamos

en un juego de «engaños a muchachos». Conclusión, creo que hay algunas causales de nulidad que hay que repensarlas.

MARCO MARTÍNEZ ZAMORA: Para redondear el caso que planteó ya Sergio hace un momento, y en el colmo del absurdo, realmente, administrativo, a esa empresa la inhabilitaron para contratar con el Estado. El problema es, lo planteé al principio, es esta especie de sobre oferta de causales de nulidad y eso es típico en todo proceso de decadencia de una norma, de un régimen normativo. O sea, al principio se crea el régimen normativo pensado con una visión de país, con un objetivo muy claro, somos desiguales, pero somos previsiblemente desiguales. Entonces, si hay una controversia, no la va a resolver un tribunal administrativo, no la va a resolver el Poder Judicial, la va a resolver el arbitraje, el esquema estaba claro.

Sin embargo, yo en alguna ocasión, en un solo caso, me reservo el derecho de anular unilateralmente el contrato y, en todo lo demás, tendré que ir como cualquier otro al arbitraje. Ahí se habla de estar impedido para ser proveedor del Estado. Y lamentablemente empieza ya el camino, empieza una causa que parece justa, otra que parece también justa y, de pronto, tenemos 7 causales y con el riesgo de que luego sean 10. Además, la Ley de Contrataciones tenía su Reglamento que era fácil de entender, era casi un manual que lo entendía cualquiera, aunque algunos pensaban que lo entendían y no era tanto; ahora la ley tiene 38 directivas y normas que cambian ya cada año, y cada medio año y estamos en un tema que es todo un arcano.

Dentro de esto, yo también recojo que hay 2 causales que a mí me sorprenden porque, en realidad, están trasladando el peso, la consecuencia, el castigo, a quien no lo ha generado y que ahora tiene que evaluar en qué va a pensar un potencial auditor en el tiempo o un potencial contralor —aunque ahora parece que van a haber mejores tiempos— sobre el tema. Ya Sergio comentó una de ellas, la exoneración y la otra es más antigua, aquel contrato que nace de un procedimiento que no es

el adecuado. Claro si tenía que ser convocado con una LP y yo lo hacía con una selectiva, a mí me queda claro, he subvertido procedimientos, he subvertido controles; ¿y si es al revés?, ¿una selectiva que por un error la he llevado como una LP o con plazo de una LP? En realidad, eso tiene que ver con lo siguiente, con lo que es si está obligada o no la entidad a anular.

Dejo ahí el tema. Sí tengo un temor de cómo esta Ley de Contrataciones, tan sencilla al principio, se está convirtiendo en una especie de monstruo cada vez más difícil de entender.

MODERADOR: ¿Es mandatoria o facultativa la posibilidad de declarar la nulidad del contrato por parte de la entidad?, ¿cómo se entiende eso respecto a la causal prevista en el literal f), inciso 2 del artículo 44 de la Ley de Contrataciones, referida a actos de corrupción?

MARCO MARTÍNEZ ZAMORA: Yo quisiera empezar, justamente dejé planteado el tema anterior. En realidad, no es mandatorio, en teoría el tema es bonito, la entidad tiene que decir si anula o no anula, es un «podrá», finalmente. Y ¿por qué?, porque ¿quién es el principal perjudicado cuando yo anulo un contrato?, estoy haciendo una obra, esa obra ha nacido luego de una serie de actos preparatorios que pueden haber tomado un año, 2, 4 años, conseguir recursos, me dieron el presupuesto, al final el MEF me lo aprobó, hago mi proceso, me elevaron las bases, me lo anularon en el camino, me lo apelaron, finalmente logro firmar el contrato y, además, tengo la expectativa de la población que está esperando esos trabajos justamente. De pronto, viene alguien, un cambio de autoridad política, o salta el tema, o lo que ha sido el tema más reciente, miedo al auditor porque, efectivamente, uno de los documentos era presumiblemente falso, presumiblemente porque han estado declarando nulidades sin procedimiento, sin comprobación, con una apariencia de falsedad y que luego se defiende en arbitraje el contratista.

Y, entonces, ha empezado este camino y lo que no debemos olvidar es que es una potestad, en España inclusive hablan de actos nulos y anulables, en Administrativo, un poco complejo acá, pero lo utilizan para diferenciar aquello que es absolutamente nulo, como es el caso de los impedimentos, por ejemplo; de aquello que debería ser sometido a una evaluación, que la entidad podrá determinar si efectivamente lo hace o no. Si yo tengo una obra, la cual ya estoy terminando, saneamiento, ya hice el tendido de agua potable, ya estamos a punto de hacer las conexiones domiciliarias y anulo el contrato, ¿quién va a ser el principal defensor de ese contrato?, ¿el contratista?, no, la población seguramente, que ha estado a una nada de que se le satisfaga una necesidad y, cuando anulo un contrato, tengo que volver a empezar de cero. Ahora, ya desde la 30225, hay algunas medidas que facilitan la reactivación del contrato, pero no es igual, no es inmediato, no es más rápido y necesariamente en el camino, hay pérdida de recursos.

Entonces, algo que no debemos olvidar es que es absolutamente potestativo. El gran problema, como digo, es el temor al qué dirá nuestro auditor, porque le puede parecer todo malo y como ahora la Contraloría tiene la potestad de denunciar directamente, ya no como antes que había un filtro a través de la misma entidad, entonces nos estamos llenando de procedimientos penales por todos lados y con administraciones que no quieren hacer nada para no tener otro problema más en su vida.

SERGIO TAFUR SÁNCHEZ: Bueno, en realidad, resumiendo muy puntual en dos o tres palabras lo que ha dicho Marco, respecto al tema éste de la necesidad y que el principal perjudicado es la entidad pública, yo les diría que la lógica de esto es simple, el Estado no contrata porque quiere, el Estado contrata porque debe, y debe porque necesita, y necesita porque quiere cumplir, atender una necesidad pública. Si entendemos eso tan simple, el Estado no contrata porque quiere, sino porque debe contratar, porque necesita, entenderán porque razón la potestad o

la facultad de declarar la nulidad de oficio, es una facultad y no un mandato, es una atribución que se le da a la entidad pública, no la obliga.

Entonces, sin embargo, por ejemplo, me llamaba la atención la nueva causal que se ha puesto, que es el literal f) del artículo 44.2, que refiere básicamente al tema donde se han presentado casos de corrupción. En esencia, más o menos dice así, «se podrá declarar la nulidad de oficio, cuando se acredite que el contratista, sus accionistas, socios, empresas vinculadas o cualquiera de sus respectivos directores, etcétera, han intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro, algún pago, beneficio indebido, dádiva, comisión en relación con el contrato, con el proceso de selección, sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiese haber. Entonces, dice que en estos casos, la entidad puede también declarar la nulidad de oficio.

Claro, ahí me surge una inquietud, reitero, coincido en que está bien que pueda ser una facultad discrecional de la administración, ¿correcto?, no mandatoria; pero, no debo dejar de advertir que escucho discursos de gente muy vinculada al ámbito político que dice «no pues, en estos casos de corrupción, no es posible que esas empresas sigan contratando con el Estado» y, en realidad, nos olvidamos que el tema del contrato con el Estado, percibe una finalidad mayor, sin perjuicio, como bien lo dice la norma, de la responsabilidad civil o penal que pudiese surgir de esos actos indebidos que puedan haber tenido.

Lo otro, que lo planteo como inquietud, seguramente para otra repregunta que pueda formularse, es lo siguiente. Marco nos dijo que esto es un tema discrecional de la entidad, estamos diciendo que esta facultad debe ser ejercida de manera discrecional por la entidad; pero, ¿puede un tribunal arbitral evaluar el ejercicio de esta facultad discrecional de la entidad cuando decide la nulidad de un contrato, o no puede?, ¿se entendió la pregunta?, el tema es, la entidad decidió declarar de oficio la nulidad del contrato y dice «lo he hecho porque tengo la facultad discrecional, la ley dice que si yo quiero, puedo», ¿puede el contratista

discutir esa decisión de haber declarado la nulidad del contrato como el ejercicio desproporcionado por parte de la Administración de una atribución que le está reconocida, o no? Y eso tiene que ver con algo que es completamente paralelo, que se llama control de la arbitrariedad. Lo planteo como inquietud, a lo mejor, para algunas preguntas adicionales.

Y lo más extraño, por último, yo siempre había visto que quien regularmente discute estos temas de nulidad de oficio, es el contratista cuando la entidad lo ha invocado. Pero, el día de hoy, no les voy a decir las partes, pero, me llega una demanda en la que un contratista lo que le exige al tribunal, es que este mismo tribunal sea quien declare la nulidad de oficio por una causal del 44.2. Ahí sí, de verdad, reflexioné mucho, porque eso no lo había visto nunca y surgió otra inquietud, ¿estamos en realidad frente a causales de nulidad, como son las del 219 del Código Civil?, está claro que son causales distintas, pero las del 219 del Código Civil, pueden ser invocadas por cualquiera que tenga legítimo interés, en cristiano, cualquiera de las partes o cualquiera que no sea parte; pero, ¿las causales de nulidad de oficio, pueden ser invocadas por el privado para que el tribunal lo declare?, no sé, dejo el tema, no les doy la respuesta porque si no me recusan, pero lo planteo solamente como idea.

MODERADOR: ¿Cuáles son las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento en el esquema de la Ley de Contrataciones con el Estado?

ALFREDO SORIA AGUILAR: Voy a hablar de 2 consecuencias. Si se resuelve un contrato por causa imputable al proveedor, una de las principales consecuencias que se puede dar, es la ejecución de las garantías, eso lo dice expresamente el artículo 137 del Reglamento; pero, ahí no se satisface necesariamente todo el daño que, eventualmente, puede generarse como consecuencia del incumplimiento. El mismo artículo 137 del Reglamento señala que la ejecución de las garantías es sin perjuicio del daño que, efectivamente, se haya irrogado a la entidad, dice específicamente «sin perjuicio de la indemnización por mayores daños

irrogados». Entonces, hay una primera gran consecuencia que tiene un parecido a lo que es el daño ulterior en el ámbito del Derecho Civil — siempre tengo esa mala costumbre de hacer un paralelo con el Derecho Civil, pero es muy útil para poder entender las cosas, son cosas diferentes, pero igual es parecido—.

La penalidad sería ejecutada en su monto total, eso es lo que nos está diciendo de manera indirecta la norma, se podría discutir eventualmente si es todo o no, pero la norma prácticamente nos está dirigiendo a que se ejecuta toda la garantía, y eso es sin perjuicio de los daños realmente irrogados. Es decir, si el daño es 1000 y la garantía es 50, esos 950 pendientes de cubrir, se van a indemnizar y, para que se indemnice, la entidad tendrá que acreditar los daños. No basta simplemente con decir «que me indemnicen por 950», sino que tendrá que acreditar daños por 950, acreditar que existe un nexo causal, imputabilidad del proveedor que, en este caso, se aplica la presunción del 1329 del Código Civil, se presume que existe culpa leve por el incumplimiento y, eventualmente, si cumple con todos los requisitos, se tendrá que indemnizar.

Hay otras consecuencias también, que seguramente los demás expositores van a comentar.

MARCO MARTÍNEZ ZAMORA: Finalmente, ni la nulidad, ni la resolución son supuestos deseables, en realidad, son la frustración del objeto público, así de simple. Si resolví o anulé, nos quedamos con una necesidad pública insatisfecha y tenemos huelgas, reclamos, protestas, falta de legitimidad del Estado, gente que prefiere la informalidad, etcétera, porque no se cumple el rol del Estado. Entonces, eso explica por qué la resolución tiene un procedimiento formal, no es fácil, no es que lo pueda hacer porque me dio la gana y punto. Inclusive, había una discusión sobre si podía haber resolución de mutuo disenso o no.

El tema es que no debe ser un mecanismo fácil, porque estamos frustrando un objeto. Dentro de ese punto, en realidad, agregar algunas

cosas muy puntuales. Hay una tendencia a hacer más fácil la resolución, no es tan rápida felizmente como otro deterioro del régimen público, pero se nota la tendencia. Ahora, por ejemplo, se eliminó lo que existía inicialmente, que era la diferencia entre las obligaciones sustanciales y no sustanciales. Si la obligación era no sustancial, la entidad no resolvía a la primera, resolvía al segundo requerimiento, por ejemplo, a la segunda ocasión. Hoy en día, cualquier incumplimiento del contratista, sustancial o no, se puede resolver al primer incumplimiento, me caíste mal, no me miraste bien, no me saludaste por la calle, te encontré una no sustancial y te resuelvo. El problema antes era diferenciar entre sustanciales y no sustanciales; ahora el problema es que puede haber resolución del contrato hasta por un tema menor.

Bueno, el segundo y escuchando a Alfredo sobre el tema de las penalidades, era un *recordaris*, porque, en general, coincido con lo que ha señalado Alfredo. Esto se resolvió hacia el 2004, aproximadamente, pero los que tienen algunos años, recordarán que hasta el 2001 o 2002, cuando había una resolución de contrato, lo que hacía el funcionario era calcular el perjuicio económico y ejecutaba la parte de la garantía que correspondía a dicho prejuicio económico. Además, la garantía no era por el 10%, porque la penalidad podía ser hasta el 5%, también; era 5+5, yo sólo podía castigar con 10, porque más de 10, que es la utilidad estándar, yo no puedo aprovecharme de la otra parte, salvo que demuestre el daño, si yo demostraba el daño, ahí sí podía ir con todo lo que corresponde al daño.

Hoy día, por ejemplo, cosa curiosa, yo a un contratista le resuelvo el contrato y le puedo aplicar 10% de penalidad por mora, 10% por otras penalidades y 10% por haber resuelto el contrato por causa imputable a él, 30%. Quien diga por ahí que eso es enriquecimiento sin causa de la entidad, lo dejo abierto como un tema simplemente, nada más. Muchas gracias.

SERGIO TAFUR SÁNCHEZ: Bueno, en realidad, solamente agregar algunas cosas muy puntuales. Dentro de lo que se ha comentado, en esencia, las consecuencias más puntuales que hay en el tema de la resolución o nulidad, de hecho, la extinción del contrato, como estábamos conversando con Marco, que no es lo más deseable, el Estado no contrata para estar declarando resoluciones, ni para estar declarando nulidades, por eso es que eso, en esencia, creemos que debe ser siempre la última *ratio* en materia de contratación pública, y eso tiene que ver mucho con el tema de la pregunta que dejé flotando anteriormente, que es el tema del ejercicio arbitrario de la facultad para resolver, o de la facultad para declarar la nulidad, si es que, en realidad, puede o no ser materia de una revisión en vía jurisdiccional.

Y lo otro, salvo ese tema, es el tema, obviamente, de las consecuencias económicas que se van a derivar. Si van a resolver el contrato, ustedes saben que se van a ejecutar las cartas fianzas, de fiel cumplimiento, o a retener el fondo que ya se retuvo, el fondo de garantía, los daños y perjuicios adicionales que puedan haber, que ya lo dijo Alfredo, va a venir el tema frente a la resolución del contrato con un tema de un procedimiento sancionador, que sí hay una causal de infracción típica para el tema de resolución de contrato, y no hay una causal, creo que con razón, que diga que frente a la nulidad del contrato corresponde una infracción, o sea, que sea un hecho infractor con sanción administrativa. Pero, sí hay que algunas de las causales de nulidad, están también reflejadas como causales infractoras en la normativa de contratación pública, que son susceptibles de ser sancionadas por el tribunal del OSCE como, por ejemplo, el tema típico que es causal de nulidad del contrato y, a su vez, es causal de infracción, el tema de haber celebrado contrato estando impedido, la lógica es diferente.

Un tema final. Me saltaba la duda, por ejemplo cuando yo leía dentro de estas causales de nulidad que están en el 44.2, esta causal que es la e), que dice: «Se podrá declarar la nulidad del contrato, cuando no se hayan utilizado los procedimientos previstos en la pre-

sente ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En ese supuesto, asumen responsabilidad —y aquí es donde me quiero detener— los funcionarios y servidores de la entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato». Perfecto, me detengo en lo último, «conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato», la pregunta es bien simple, ellos asumen responsabilidad, ¿qué responsabilidad?, ¿civil, penal o administrativa?, porque si fuese responsabilidad administrativa en el ámbito de esta ley, esto tendría que estar previsto en el artículo que describe cuáles son las conductas infractoras y, hasta donde he revisado, salvo una revisión más exhaustiva que alguno de ustedes me haga ver, no encuentro una infracción que tipifique esta conducta como tal, porque no solamente necesito la infracción, necesito también la sanción para decir que esto cumple con un elemental principio de legalidad, lo dejo ahí.

MODERADOR: Muchas gracias a los doctores por su tiempo y a ustedes por su presencia.

CUARTO PANEL: «RECURSOS ADMINISTRATIVOS: REQUISITOS, OPORTUNIDAD, CONVENIENCIA»

Ramón Huapaya Tapia¹⁰

Augusto Effio Ordóñez¹¹

Willy Pedreschi Garcés¹²

Mario Ballón (moderador)¹³

MARIO BALLÓN: A mí particularmente, me llama la atención la denegatoria ficta que existe en el caso de los recursos, ahora llamados «administrativos», en la Ley de Contrataciones del Estado, sobre todo porque no sé si eso impulsa a los administrados a presentar recursos,

¹⁰ Ingresó a Grau Abogados en noviembre de 2016. Cuenta con 10 años de experiencia en el ejercicio profesional del Derecho Administrativo Económico, Derecho Procesal Administrativo, procedimientos administrativos, procedimientos contenciosos administrativos y arbitraje en Derecho Público. Antes de ingresar a Grau Abogados, se desempeñó como abogado asociado *senior* del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados, donde ejerció una práctica profesional vinculada a la regulación de servicios públicos e infraestructura, así como a Derecho Administrativo general.

¹¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y admitido en el Colegio de Abogados del Callao en el año 2007. Ex Director Técnico Normativo en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE. Actualmente, trabaja en el Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

¹² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de posgrado en el Programa de Privatización, Financiamiento y Regulación de Servicios Públicos en la Universidad del Pacífico. Asimismo, ha sido asesor legal de diversas entidades y empresas públicas y privadas. Actualmente, es socio del Estudio Benites, Forno & Ugaz.

¹³ Abogado por la Universidad de Piura, graduado con mención sobresaliente, especialista en Derecho Administrativo, Contratación Pública y Proyectos de Infraestructura. Actualmente, es asociado del Estudio Lazo, De Romaña & CMB Abogados.

no sé si eso lo podemos comentar ahora, si es que la denegatoria ficta realmente es positiva para la contratación del Estado.

Además, me gustaría comentar si es que no sería necesario, también, tener un tribunal especializado en recursos administrativos, como creo que sucede en España, me parece que han venido desarrollándose con gran éxito este tipo de tribunales especializados, que solamente se dedican a ver los recursos administrativos y no tienen que estar viendo otros temas como sucede en el Perú.

Creo que para que un sistema de recursos administrativos de contratación pública sea positivo, tiene que ser muy rápido, independiente, además y, eso en beneficio de la contratación pública. Recordemos que a veces los recursos se resuelven de una manera tardía y, esto trae consigo que la solución sea simplemente quizás una indemnización. He visto opiniones del OSCE, y quizás ustedes lo han visto más en la práctica, pero a veces se resuelve el recurso cuando el contrato ya está en ejecución y, en aplicación del principio de eficiencia y eficacia, el contrato persiste, por lo menos persisten sus efectos, incluso cuando se evidenciaron algunos vicios en el procedimiento de selección. Yo creo que esto no es beneficioso para el interés público, que es finalmente lo que persigue la contratación pública.

AUGUSTO EFFIO ORDÓÑEZ: Mario ha planteado un tema muy interesante, pero, si me permiten hacer una brevíssima introducción sobre el tema que nos convoca, yo confío en que van a ir fluyendo las inquietudes y llegaremos a la denegatoria ficta, que está hacia el final del tema de recursos.

Una necesaria introducción ¿De qué estamos hablando? Como han visto en buena parte de las sesiones anteriores, el procedimiento de contratación, o de selección, o el método de selección, como queramos llamarlo, tiene una serie de particularidades, características, hay distintos tipos de procesos de selección y, como es evidente, en el proceso de

selección, pueden surgir conflictos, cuestionamientos, a las decisiones que toma la entidad, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, normalmente vinculados a la evaluación de las propuestas; y, una consecuencia vinculada a la evaluación, es el otorgamiento de la buena pro.

Pero, entonces, ya desde hace muchísimo tiempo, el tema de los recursos en materia de contratación pública, ha pasado por distintas etapas y una evolución natural. Para hacer una anotación histórica a pie de página, me parece que hasta el 2006, si mal no recuerdo, había una doble instancia, apelación y revisión. Con el tiempo, esto se ha ido afinando con el propósito de darle mayor agilidad a la compra pública y, lo cierto es que, hoy tenemos una sola impugnación, el recurso de apelación, que lo puede resolver la entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado ¿Qué se impugna?, todo lo que suceda durante el proceso de selección e, incluso, luego de otorgada la buena pro, hasta antes de la firma del contrato. Como contexto, creo que nos va a ser útil saber de qué estamos hablando.

Como este es un seminario de actualización, sí hay que ser conscientes de que en la última modificación, o sea hablamos del Decreto Supremo n.º 056-2017 y el Decreto Legislativo n.º 1341, no han introducido grandes cambios al régimen de impugnaciones en materia de contratación pública, así que vamos a hablar seguramente de los cambios que ya se habían introducido cuando entró en vigencia la Ley n.º 30225, que sí introdujo cambios significativos y que, precisamente por ser recientes, todavía se están acomodando a nivel de los operadores de la norma, entidades, tribunal, postores.

Uno de los cambios a destacar, por ejemplo, que han introducido las modificaciones al Reglamento, es que se ha vuelto a disminuir o a bajar el umbral para que asuma competencias el Tribunal de Contrataciones del Estado. Decíamos que durante el proceso de selección, se pueden impugnar estas decisiones de la entidad contratante ante la

entidad o ante el tribunal. Esto ha pasado también por una serie de vaines a lo largo de los años. Antes, sólo se podían impugnar los procesos públicos y, en algún momento, se pensó en un umbral. Cuando entró en vigencia la Ley n.^o 30225, se fijó el umbral en 65 UIT, que vienen a ser con la UIT de este año, alrededor de 263,000 Soles. Con la última modificación, se ha bajado el umbral a 50 UIT, es decir, en todos los procesos que tengan valores estimados de 50 UIT o más, las impugnaciones tienen que ser conocidas y resueltas por el tribunal.

Esa es una de las novedades dispuestas por la última modificación; y, uno de los temas que me voy a permitir sugerir para los comentarios de Willy, de Ramón y de nuestro moderador también, de Mario, es el vinculado a los requisitos para presentar un recurso de impugnación, por ejemplo, el de la garantía.

Ya con la entrada en vigencia de la Ley n.^o 30225, se disminuyó la garantía de 5% a 3% y esto se ha mantenido y, lo que se ha hecho, es establecer un límite, no más de 200 UIT, que son a la UIT de este año, 810,000 Soles. La obligación de presentar una garantía por este monto, es uno de los temas más controvertidos para quienes estamos vinculados a estas materias. Haber señalado un límite, 200 UIT, parece saludable, hay un caso emblemático que sucedió en el año 2009, el de la convocatoria al Tramo I de la Línea 1 del Metro de Lima, del tren eléctrico, en el que uno de los postores no estuvo de acuerdo con los resultados y es que tenía que presentar una garantía más o menos equivalente a 40 millones de Soles. Totalmente desproporcionado. Finalmente, el recurso no se presentó y ya conocemos los resultados.

Me permito sugerir ese tema, porque alrededor de la garantía hay algunas consecuencias, implicancias, que podríamos discutir, para luego pasar, más o menos en el orden de cómo se desenvuelve una impugnación, por ejemplo, a otros temas como el de la legitimidad para impugnar. Creo que Willy tiene algo que comentar al respecto.

WILLY PEDRESCHI GARCÉS: Gracias Augusto. Justamente parece interesante partir de la garantía para ir derivando hacia la denegatoria ficta, o sea, para empezar, saludo también que, por lo menos, se haya reducido un poco y, digo reducido un poco, porque la verdad no estoy precisamente de acuerdo con que se considere esa garantía para la impugnación, todavía aún fijada en el monto de 200 UIT, por una simple razón. Si bien es cierto que puede haber sido —me imagino que ya se tocó en alguna oportunidad el tema— razonable, lo dice también la misma Exposición de Motivos de la ley y el reglamento, que la garantía tiene, pues, por objeto evitar recursos, maniobras dilatorias, maliciosas, más allá de que podemos cuestionar cuán pertinente es presentar un recurso para actos posteriores a la adjudicación de la buena pro, y si deberían o no ser tramitados como una denuncia administrativa o más bien como un recurso, la idea era seguramente evitar maniobras dilatorias, pues, que entendemos, impidieran el cumplimiento de los fines públicos de la contratación administrativa, léase una contratación no solamente, en lo posible, adecuada en materia de diligencia tecnológica versus calidad más precio, sino también un tema oportuno.

Sin embargo, no olvidemos que, aun cuando formalmente no constituye una tasa, como sabemos, el Tribunal Constitucional ya señaló en un precedente de observancia obligatoria que no pueden cobrarse tasas en los recursos administrativos, porque lesionaría el debido proceso, sigue siendo igual, hasta cierto punto de vista, una barrera de acceso, en todo caso, para el recurso. Y la pregunta sería si es que aun cuando se haya reducido el monto, es o no una limitación razonable, más aún, tomando en consideración que, pese a que existe cierta jurisprudencia en la materia, ciertos precedentes de observancia obligatoria o acuerdos de sala plena, sobre todo cuando estamos hablando de recursos que van al Tribunal de Contrataciones del Estado, no existe una predictibilidad al cien por ciento de los recursos, con lo cual, sí existe una limitación, ok, ya no son 49 millones, como mencionaban, serán 800,000 Soles, pero igual, sigue siendo un tema cuestionable.

Eso, tiene un poco que ver y, me permite adelantarme un poco, también con el tema de la denegatoria ficta, porque la pregunta que uno se podría hacer es decir «bueno señores, encima de que tengo que poner una garantía que puede llegar hasta 200 UIT, dependiendo del monto del contrato, con un punto máximo de por lo menos el 3% de valor referencial, inclusive, si no me resuelven en el plazo, tengo que considerarlo como que se me ha denegado», o sea, léase en otras palabras, si quiero tener un pronunciamiento o buscar la tutela de mi derecho, tengo que ir a un contencioso administrativo. Ciertamente, ahí parecería que si no existiera la disposición mediante la cual cuando hay denegatoria ficta, me devuelven la garantía, sería excesivamente oneroso y casi prohibitivo, por no decir restrictivo, a un derecho constitucional, presentar un recurso de impugnación en un procedimiento de selección. Finalmente, la responsabilidad que se le puede exigir al funcionario por la demora en el procedimiento, es nada, comparada al costo de oportunidad que puede perder el postor.

Sin embargo, yo sí creo que, aun cuando es un tema que ya se venía arrastrando desde el Decreto Legislativo n.º 1017 y su reglamento, y ha bajado del 5% al 3%, que debería seguir buscándose alternativas, en todo caso, a la garantía. Por ejemplo, alguna vez se ha sugerido el tema de una suerte de multa similar, a lo que ocurre con las multas procesales por recursos maliciosos; el único problema es cómo se puede determinar que hay un recurso abiertamente malicioso o doloso. Lo ideal sería hacerlo de una forma más objetiva o, quizás, quitarle el carácter suspensivo al recurso, lo cual podría hacerlo inefectivo en la práctica, porque ello implicaría que se concrete un contrato y haya un perjuicio consumado, y difícilmente se pueda retroceder las cosas, a menos que quieras declarar la nulidad del contrato administrativo, con lo que ello involucra.

Sin embargo, son temas que, por ejemplo, si bien es cierto, insisto, es saludable la reducción del monto máximo por el que puede establecerse la garantía, creo que hay temas todavía por perfeccionar en el re-

curso y que, ciertamente, no se arreglan con la devolución de la garantía en caso de que haya una denegatoria ficta porque, como entendemos, la denegatoria ficta es un castigo para el administrado, no para la Administración, el castigo para la Administración es el silencio administrativo y no la denegatoria ficta. Pero, bueno, no sé si hay algo más que nos quiera complementar el doctor Ramón Huapaya.

RAMÓN HUAPAYA TAPIA: Gracias Willy. Bien, yo con respecto a la garantía, que es un tema interesante, tengo un tema. Yo creo que la garantía en sí, jurídicamente hablando, no tiene sentido, o sea, dogmáticamente, la garantía es una restricción del derecho al recurso, que hoy día es parte del debido proceso, de acuerdo a la reforma de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Si bien es cierto, no es una tasa, no es un pago obligatorio, sí es un requisito o condición para, justamente, la admisibilidad de ese recurso. La Corte Suprema argentina y el Consejo de Estado de Colombia, han declarado, porque esto es una cosa que ha aparecido en América latina, no es una cosa que no exista, sí existe en otras partes, han declarado inconstitucional la existencia de la garantía, porque han dicho que está condicionando inconstitucionalmente el derecho al recurso y el derecho de petición. Entonces, hay experiencias comparadas muy cercanas a nosotros que han señalado que justamente esta garantía impugnatoria, es una garantía lesiva a derechos fundamentales.

Entonces, por ese lado, yo siempre he pensado que la garantía no debería existir. Además, la garantía no existió en el texto original de la Ley n.º 26850, se pone recién cuando sale el Decreto Legislativo n.º 1017, en esta sesión por hacer todo rápido, «tenemos que adjudicar obras, tenemos que contratar, tenemos que hacer todo rápido». Me acuerdo que cuando se estaba haciendo el decreto legislativo, la idea era acelerar todo y no se dieron cuenta de que poniendo la garantía, también estaban restringiendo el tema. Se pasó de un escenario donde, es cierto, había recursos por cualquier cosa, a un escenario donde el

recurso se restringe en torno a la garantía. Inclusive, Augusto y Willy recordarán que el tope era antes de 600 UIT para distinguir entre el tribunal y la entidad, ahora ya se ha bajado a un monto muy bajo, que es el monto de 50 UIT que está hoy día en la norma.

Ahora, pero más allá de la preocupación dogmática, el tema es el siguiente: «yo creo que la garantía puede estar, porque al final es un requisito de seriedad del recurso, sí, está bien, que esté»; pero, vamos al tema de no hablar de recursos maliciosos, de recursos mal hechos, sino al tema de que para ser consistente con la garantía, el tribunal debería tener, al final, la potestad de decir lo siguiente, si es un recurso bien hecho, un recurso que tiene fundamentos de derecho y, bueno, simplemente no fueron atendidos por el tribunal, el tribunal debería devolver la garantía, o sea, un recurso que es serio, lo devuelvo; y, un recurso que es manifiestamente infundado, en el sentido de que no tiene conexidad lógica, que no tiene fundamentos jurídicos, que no tiene ningún tipo de hecho y que realmente haya hecho trabajar al tribunal por gusto, esas garantías deberían ejecutarse, justamente para disuadir a aquellos malos impugnantes.

Sin embargo, como les digo, esto simplemente es una preocupación más que nada dogmática porque, en la práctica, la norma es bien clara, si el recurso es infundado, se va a ejecutar la garantía; si es improcedente, se va a ejecutar la garantía. Es más, no lo dicen expresamente, pero si uno se quiere desistir —y me parece una cosa que es muy discutible—, si me quiero desistir del recurso, tiene que ser antes de que el recurso esté listo para resolver y, además, que no comprometa el interés público.

La verdad, no entiendo, si el recurso es un acto del administrado, un acto propio y simplemente yo me quiero desistir, imagínense, pagué la garantía, puse el tema, ¿qué tiene que ver el interés público en eso?, no tiene nada que ver, porque el recurso se fundamenta siempre en un perjuicio subjetivo, es algo que hay que recordar, o sea, el recurso, si interpretamos la ley conjuntamente con el artículo 109 de la Ley del

Procedimiento Administrativo General, el recurso siempre tiene como fundamento un agravio, es decir, una lesión, una afectación a un derecho subjetivo o a un interés legítimo. Entonces, si el pastor dice «yo ya no quiero participar en esto, no le veo sentido», ¿para qué tener que impedirle el desistimiento que es libre? A mí me parece, por ejemplo, otra cosa cuestionable que contiene el reglamento.

Pero, lo más cuestionable de todo y eso no lo han mencionado ni Willy ni Augusto, pero me parece que lo es. Se trata del artículo 44.5 de la Ley n.º 30225, en la modificatoria que ha puesto el Decreto Legislativo n.º 1341. Esa modificatoria dice que la garantía se presenta por un recurso de apelación, pero también dice que si la nulidad deriva de una denuncia, o sea, del derecho de petición, también se tiene que aplicar la garantía. Es decir, hoy en día si tú apelas, el mecanismo normal si yo no estoy de acuerdo con una buena pro, era apelar, pero ¿qué pasó?, en la práctica mucha gente decía «yo no apelo, no me someto al régimen de la garantía, pero sí denuncio», es decir, formulo una denuncia al titular de la entidad, al jefe del OCE, a quien sea, para hacerle notar la ilegalidad para no pasar por estas piedras calientes de la garantía. Sin embargo, ahora la norma, consciente de eso, dice «bueno, no importa, si tú alegas nulidad, es por recurso de apelación; pero, si la alegas por denuncia, también deberías pagar la garantía», porque dice que te sujetas a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 41, que habla de la garantía del 3% del monto del valor referencial, con lo cual, en la práctica, no sé si lo están aplicando o no, no lo he visto, pero podrían exigirte que para admitir tu denuncia, te exijan garantía.

Eso sí me parece un exceso, porque la denuncia viene del derecho de petición, no está condicionada, la entidad tiene que evaluarla y si encuentra un motivo de nulidad, lo declarará y si no, no lo hace; sin embargo, acá está la obsesión de tratar de controlar todo y que vaya a recurso de apelación y, entonces, le han puesto la garantía a esta parte de la denuncia, que yo creo que sí es bastante cuestionable, no sé, me imagino que alguien cuestionará esto ante el Tribunal Constitucional. Es raro que se cuestione

esto, pero, como les digo, ejemplos de cortes supremas en Latinoamérica que han dicho que estas garantías son inconstitucionales, hay varias. Eso es lo que quería aportar sobre el tema de la garantía.

Sobre el tema de la denegatoria ficta, puntualmente, yo creo que no es algo negativo en sí mismo, lo que pasa es que, claro, la regla normal debería ser una regla de silencio negativo, es decir, que el particular escoja si es que espera la resolución del tribunal o va al proceso contencioso administrativo; pero, la denegatoria ficta, es un plazo terminante, es decir, si la entidad o el tribunal, en este caso, no resuelve, pierde la potestad de hacerlo dentro del plazo fatídico que le da la denegatoria ficta.

Claro, como bien dice Willy, es la negación del derecho administrativo, sí es la negación, porque finalmente no se resuelve; sin embargo, en vez de optar por esa regla, si optáramos por la regla del silencio negativo, creo yo que sería peor todavía, porque el administrado estaría sujeto a las calendas griegas hasta que tribunal decida resolver o, de repente, irse a un proceso contencioso administrativo y luego, en el plazo, el tribunal resuelve, se hace todo una maroma procesal por gusto, debido a esta opción, con lo cual la denegatoria ficta, si bien es cierto dogmáticamente es una regla muy mala, la verdad que inclusive no debería existir en el sistema del Derecho Administrativo, en la práctica, es un aliciente para que el tribunal resuelva.

Ahora lo que sí también debe pasar y es algo que hay que pensar, es que los plazos tienen que ser más reales, porque acá siempre está la necesidad de que todo se resuelva rápidamente y, finalmente, eso conspira contra la misma capacidad del tribunal de resolver. Entonces, ahí entra esta cuestión que plantea Mario sobre el tema del tribunal independiente, en teoría es independiente, en teoría el tribunal está en OSCE, pero no depende de la presidencia, nada más es como los tribunales administrativos, que son parte de la entidad, pero que tienen un nivel de independencia y autonomía funcional; el gran tema es que, al final, estando dentro de la misma entidad, estos tribunales nunca son independientes

al cien por ciento. Una solución sería sacar al tribunal del OSCE y darle autonomía para ver sanciones y para ver el tema de recursos; sin embargo, no sé si al final un experimento más aguante en el sistema.

Lo que creo que debería hacerse es que el tribunal unifique su jurisprudencia, saque lineamientos y se ponga al día con la predictibilidad y la confianza legítima. Es decir, nos ponemos de acuerdo, primero tribunal con la Dirección Técnico Normativa del OSCE, es lo primero, la supervisión, que nuestros criterios sean los mismos, porque no es posible que tenga un criterio el tribunal y otro criterio los órganos internos que interpretan la normativa, no puede ser, o es uno o es otro. Acá es primero acuerdo, si existe un tribunal y sus criterios son mandatorios, entonces esos criterios tienen que ser seguidos por el OSCE, no puede ser que cada una dispare por su lado, eso es algo que no es consistente con la confianza legítima, incorporada como principio ahora en el Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General que, al final, irradia a todas las normas.

En segundo lugar, que el mismo tribunal sea coherente y sus salas no difieran de sus criterios, o sea, ahora con el cambio en la ley, insisto, porque ese cambio de los principios es ley común, es un cambio que aplica a todas las entidades de la Administración Pública, el mismo tribunal tiene que ser coherente, es decir, la Sala 1 no puede decir «en este caso, doy legitimidad a algunos» y la otra sala no puede decir «en este caso yo no doy legitimidad a éstos», no puede ser, la ley es una sola y se interpreta de manera uniforme y consistente.

Como les digo, más que una preocupación de independencia, que esté fuera o dentro de OSCE, no, acá el único tema es que las salas sean uniformes, constantes. Inclusive como les digo, inclusive, lleguen a unificar su jurisprudencia, de tal manera que emitan lineamientos resolutivos para que las entidades sepan a qué atenerse. Si me preguntaran a mí, eso es seguridad jurídica, el resto es ilusión.

AUGUSTO EFFIO ORDÓÑEZ: Bueno, la garantía que es el tema que hemos abordado ahora, es uno de los requisitos de admisibilidad del recurso y el que más problemas prácticos genera, como acabamos de comentar. Si vemos los requisitos de procedencia, hay uno en particular que creo, va a ser útil discutirlo, porque también genera una serie de problemas prácticos, y es el de la legitimidad, legitimidad procesal, ¿qué puedo impugnar?, ¿sobre qué materias tengo yo, como impugnante, legítimo interés?

El panorama se ha complicado porque, como sabemos, antes de la entrada en vigencia de estas normas, nuestra propuesta podía correr suertes claras y predefinidas, o era admitida o no era admitida, o era calificada o descalificada, u obtenía la buena pro o quedaba en segundo, tercer, cuarto lugar o en el que corresponda, y todo se generaba en etapas que seguían una secuencia lógica y consecutiva. Como sabemos, el orden de la evaluación de las propuestas ahora, dependiendo de si estamos ante bienes, servicios u obras, ha cambiado, hoy mi propuesta puede ser admitida, pueden aplicársele los factores de evaluación, pero al final, quedar descalificada porque es al final que se aplican los requisitos de calificación.

Entonces, uno de los temas más conocidos en materia de impugnaciones o una de las primeras preguntas que nos tenemos que hacer si estamos pensando en impugnar los resultados de un proceso de selección, es si tengo legitimidad procesal, y eso depende de contestar a la siguiente pregunta, ¿en qué acto he participado? Si mi propuesta no fue admitida, sólo tendré legitimidad para cuestionar la no admisión de mi propuesta; si mi propuesta fue descalificada, sólo tendré legitimidad para cuestionar la descalificación de mi propuesta; si no revierto mi situación desfavorable y aun cuando tenga razones para hacerlo, no podré cuestionar la propuesta de los demás postores. En resumen, eso es lo que determina la legitimidad procesal.

A partir de esta regla básica, y creo que todos coincidimos en que hay una deuda de este tribunal y de todos los tribunales anteriores de hace muchísimos años, en la generación de predictibilidad. Yo hacía el

cálculo ahora muy rápido, considerando que el plazo de mandato de los actuales vocales es por 3 años, ¿cuántos acuerdos de sala plena se han emitido en los últimos 3 años?, 9; sin embargo, de esos 9, 8 son acuerdos de sala plena de mero procedimiento, decretos, prescripciones, y hay uno solo que es sobre una materia de fondo, que se emitió en el año 2016, sobre la interpretación del antiguo literal k) del artículo de impedimentos, que ahora está derogado. Entonces, en buena cuenta, en los últimos 3 años, no se ha emitido ningún precedente de observancia obligatoria que sea útil, necesario, como creo que lo necesitamos.

Pero, al margen de los acuerdos de sala plena, en efecto, entre las propias decisiones de las salas hay contradicciones. Yo voy a comentar 3 casos y a partir de ahí, quizás, podemos seguir discutiendo sobre cómo el tribunal aborda la legitimidad. Un primer caso está referido a una propuesta no admitida, el postor impugna la no admisión de su propuesta, pero también incluye en su recurso una acusación sobre la falsedad de un documento del adjudicatario ¿Qué resuelve el tribunal?; dice «voy a analizar la admisibilidad de tu propuesta» y, luego de analizarla, concluye que la propuesta fue correctamente no admitida y, aun cuando se ha demostrado la falsedad del documento del adjudicatario, dice «yo no me pronuncio sobre eso porque no ha superado la legitimidad en esa materia». Primer caso.

Segundo caso. Participa un consorcio en un proceso de selección, el consorcio es descalificado y se presenta una impugnación, pero no la suscriben los 2 integrantes de este consorcio, sino que la suscribe uno de los integrantes del consorcio. Llega el recurso al tribunal y el tribunal le dice «para que la impugnación sea válida, para que tú acredites tu legitimidad procesal, tiene que estar suscrita por todos los integrantes del consorcio, si no, no es un recurso válidamente presentado». Improcedente, segundo caso.

Y el tercer caso. Resulta que ahora, de acuerdo a lo señalado en el artículo 40 del reglamento, hay propuestas a las que no se puede acceder;

no sé si habían reparado en eso al momento que han revisado la norma. La regla general siempre fue, por la propia estructura del proceso de selección, que una vez otorgada la buena pro, uno pudiera acceder a todas las propuestas, ¿no es cierto?; esa siempre fue la regla general, salvo a las propuestas económicas, que no se abrían y quedaban en custodia del notario. Pero, ahora resulta que las propuestas que no fueron admitidas o a las que no se les aplicó los requisitos de calificación, no se deben entregar a los demás postores, de modo que, por ejemplo, yo participé en una licitación y quedé en primer lugar y el segundo lugar impugna la buena pro que me otorgaron, y el que quedó en segundo lugar tiene mi propuesta a su disposición y me formula todos los cuestionamientos habidos y por haber, como parte de su recurso. Al momento de interponer su recurso, fija las materias de su impugnación —un tema interesante para conversar luego, es cuáles son los puntos controvertidos y los límites para la determinación de estos puntos controvertidos—, pero, en el caso que les comento, este segundo lugar cuestiona diversas materias respecto de mi propuesta.

Sin embargo, resulta que ese segundo lugar, no pasó la etapa de aplicación de los requisitos de calificación, quedó en el camino, su propuesta fue descalificada. Si yo quiero pedir su propuesta para, a su vez, ver si de lo que me está acusando él también adolece, yo no puedo acceder a su propuesta, ¿de acuerdo? Si no habían reparado en este detalle, esa propuesta, el comité se puede negar a entregarla, a las que no se les ha aplicado los requisitos de calificación, por ejemplo. De modo que él puede cuestionar toda mi propuesta, pero yo no podré hacer lo propio con su propuesta. En un precedente singular, en el caso que les comento, esta propuesta, a pesar de que no se puede entregar, una entidad X la entregó, en contravención al artículo 40 del reglamento, que dice que no se debe entregar, la entregó y habiéndola entregado, yo formulé todos los cuestionamientos que podía respecto de la propuesta que no había participado en la etapa de requisitos de calificación.

Y, en ese caso, contrariamente a los dos precedentes anteriores que les había citado, donde la evaluación del tribunal era muy rígida, di-

ciéndoles «tú no tienes legitimidad», a pesar de haber una transgresión a una prohibición así de puntual, el tribunal se pronunció incluso sobre los cuestionamientos a la propuesta que no debió ser entregada.

Esos son los 3 casos que yo quería comentar sobre legitimidad. No sé si a partir de ahí podemos comentar.

WILLY PEDRESCHI GARCÉS: Muy rápidamente, lo que podríamos mencionar, por ejemplo, en el caso de la persona que tuvo acceso a una información que no debió ser conocida. El problema que estamos viendo acá, es que el tratamiento que está dando el ordenamiento, yo creo, es básicamente limitarte a impugnar aquello que te afecta directamente, con lo cual, lo único que se me ocurre que tú podrías introducir estos cuestionamientos, ese tipo de información, sería través una denuncia, pero una denuncia respecto a la cual tienes que poner una garantía, qué terrible, ¿no? En otras palabras, puedes cuestionar únicamente lo que directamente te afecta, no puedes utilizar información adicional, puedes denunciar, pero tu denuncia, pese a que —y eso complementando un poco lo que dijo el doctor Ramón Huapaya ya con anterioridad— únicamente es una puesta en conocimiento para que la Administración inicie un procedimiento de oficio, ni siquiera va a ser un procedimiento de derecho de petición, voy a tener que presentar una garantía para ello.

Ciertamente, creemos que no hay un equilibrio dentro de los intereses en juego del debido proceso versus el interés público subyacente a la contratación de bienes y servicios por parte del Estado. No sé si el doctor Huapaya tiene algo más que agregar en el poco tiempo que nos han dado.

RAMÓN HUAPAYA TAPIA: Muy puntual. Como les digo, esta limitación de la impugnación a la legitimación procesal de actos directos, la verdad, yo creo que es técnicamente inexacta. Me parece que la idea es, alguien habla de impugnación, así sea alguien que se haya quedado en la calificación, ahora, me preocupa mucho, ni siquiera tanto el que no le admitieron la propuesta porque, de repente, podrá tener motivos,

pero, digamos, no hubo nada; el que se queda a la mitad del camino, es el tema, que es descalificado en la parte técnica de manera errónea, yo sí creo que tiene un interés directo, no solamente en la calificación, sino también en que se resuelva todo porque, al final, ellos ya avanzaron sin él. Por un tema de economía procesal, todos deberían verse y, también, citando el tema de Augusto, todos deberían acceder a las propuestas de todos, ¿para qué?, para de una vez, en un solo acto, resolver todo. Es más, si hay dos recursos, introducir el tema también, por ejemplo, entonces, introducirlo y decir «oye, ¿sabes qué?, acá también hay la oportunidad de ver todo y sanear el proceso» y determinar, finalmente, que el tribunal o el titular de la entidad, según sea el caso, resuelva el tema definitivamente.

Acá, lo que no conviene es que haya recursos partidos, recursos que no sean acumulables, complicar la naturaleza de este procedimiento como pasa ahora, me parece algo muy contraproducente. Creo yo que lo bueno que tiene esta norma, que es una base técnica en los recursos, se pierde por no comprender la categoría de la legitimación. Yo creo que la legitimación no puede ser un obstáculo para resolver el tema de fondo, por eso es que me parece que estas diferencias no tienen mucho sentido. Humildemente pienso eso.

QUINTO PANEL: «DISPUTE BOARDS»: EXPERIENCIAS INTERNACIONALES Y REGULACIÓN EN NUESTRO PAÍS

Gustavo Paredes Carbajal¹⁴

Eric Franco Regio¹⁵

Rodrigo Freitas Cabanillas¹⁶

Jorge López Fung¹⁷ (moderador)

JORGE LÓPEZ FUNG: Buenas noches. Muchas gracias al Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado de la UPC, muchas gracias al público asistente y también a los panelistas.

¹⁴ Socio de NPG Abogados, especialista en Derecho de la Construcción, Contratación Pública y Resolución Alternativa de Disputas, magíster en Derecho de Empresa de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, profesor de la Facultad de Derecho y de la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Universidad del Pacífico. Asimismo, es vice presidente de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y fundador de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción. Cuenta con 20 años de experiencia en la gestión de conflictos en el sector de ingeniería y construcción.

¹⁵ Abogado y árbitro especializado en Derecho de la Construcción. Cuenta con una maestría en Derecho de la Construcción y Resolución de Conflictos. Actualmente, trabaja como gerente legal en LG Energía Perú, una de las empresas de generación de electricidad.

¹⁶ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se desempeña como árbitro y abogado especialista en Derecho de la Construcción, Contratación Estatal y Solución de Disputas. Asimismo, es coautor del libro *Dispute Boards en los contratos de construcción del Perú*.

¹⁷ Asociado de la firma CMS GRAU, miembro del Equipo de Arbitraje de área de Solución y Prevención de Conflictos. Es abogado egresado y titulado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, especialista en Arbitraje Internacional y de Inversiones por la Universidad del Pacífico.

Quisiera hacer una pequeña introducción del tema. Es bien novedoso porque, finalmente, a ver, como interpreto yo las cosas, la sociedad no es estática, va avanzando paso a paso y cada vez los requerimientos son más estrictos. Entonces, el gran salto que se dio y, en realidad, creo fue un grito desesperado frente a, de alguna manera, un poco la ineeficiencia que había respecto a lo que tiene que ver con la solución de controversias, fue cuando apareció el arbitraje; pero, muchos decían que realmente encontramos un mecanismo de solución de controversias que era bueno. Con el tiempo, se fueron desarrollando algunos principios que poco a poco fueron protegiendo, de alguna manera, al arbitraje como método de solución de controversias, pero finalmente, era un mecanismo de solución que, si pasamos el factor tiempo a dinero, realmente es mucho más barato para las partes, porque tienen un conflicto que lo pueden resolver de 9 meses a un año, pueden elegir a las personas que te van a juzgar y, eso es algo muy importante.

Pero, a veces, sobre todo específicamente en el tema de contrataciones con el Estado, parece no ser suficiente tener un mecanismo de solución como un arbitraje porque, finalmente, el árbitro es alguien a quien, de alguna manera, le cuentas la historia. A veces es importante tener alguien que conozca el negocio en sí y poder solucionar los problemas que pasan en el día a día.

Entonces, sí es bastante saludable un mecanismo de solución de controversias como el *dispute board* porque, de alguna manera, le da esa suerte de dinamismo comercial técnico que debería tener la solución de controversias en el marco de un contrato de obra.

No quiero ahondar más en el tema; he pretendido hacer una pequeña introducción para que los doctores se expliquen al respecto. Primero tenemos al doctor Gustavo Paredes, quien nos va a comentar un poco acerca de cuál es el panorama actual de los *dispute boards*, contexto, utilidad y aplicación internacional y regional.

GUSTAVO PAREDES CARBAJAL: Gracias, buenas noches. Primero quiero agradecer al Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado de los alumnos de la Facultad Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas por la invitación para participar en este seminario de actualización, la cual —debo decir— acepté presto y estoy feliz para compartir este panel.

El tema que voy a desarrollar a continuación, está referido a los *dispute boards*, su origen y su actual contexto regulatorio a nivel internacional, regional y local.

Confieso durante estos cinco años, haber preparado más de trescientos diapositivas para hablar de los *dispute boards*, pero dado y respetando el tiempo, solamente me voy a concentrar y resumir en una sola; ésta que ustedes ven en pantalla va a graficar todo lo que voy a contar en diez minutos. Esto que ven en pantalla, es la dualidad de todo lo que existe en el mundo, es el principio y el fin, es el agua y el fuego, es lo cílico y lo anticiclónico, son las debilidades y las fortalezas, son aquellas fuerzas fundamentalmente opuestas que, a su vez, se complementan; y, si aplicamos la doctrina del yin y el yang al Derecho, también podremos identificar a las fuerzas de conflicto por un lado y, a sus métodos de solución, por el otro.

Mejor aún, si extrapolamos esta doctrina al sector de la construcción, que fue el lugar donde nacen los *dispute boards*, de igual manera identificaremos a dos fuerzas opuestas que a la vez se complementan. Por un lado, tenemos al conflicto y, por otro lado, tenemos al cambio. Y es que, una industria de la construcción perfecta, sin conflictos, además de ser aburrida, sería estática y sin ninguna evolución; las cosas se seguirían haciendo de la misma manera, obteniendo siempre los mismos resultados. Por ello, el conflicto debe dejar de tener una connotación negativa; cuando nos referimos al conflicto evocamos inmediatamente el riesgo, evocamos inmediatamente consecuencias y evocamos también inmediatamente costos; pero, el conflicto tiene también un sentido positivo, el conflicto es fuente

de aprendizaje, el conflicto es fuente de cambio, es fuente de desarrollo creativo, pero también, es fuente de constante innovación.

Y una cuestión naturalmente difícil de compatibilizar en el desarrollo de los proyectos de infraestructura y construcción, es su ejecución con la permanente aplicación práctica del contrato. Casi siempre la dinámica de la ejecución de un proyecto u obra, aquí o en la China, termina desbordando siempre las previsiones contractuales, porque los proyectos son entes vivos, porque los proyectos nacen, se desarrollan y, finalmente, culminan. Quienes tenemos algo de experiencia o especialización en el sector, les podemos decir que siempre o casi siempre, las obras terminan con variaciones, es decir, terminan de una manera distinta a la cual fueron previstas. Por ello, el intento de alinear el proceso constructivo con el contrato, es una tarea no sólo muy ardua, sino también generadora de conflictos y, en una industria naturalmente conflictiva a nivel internacional, los *dispute boards* son expresión del proceso creativo e innovador del sector de gestionar eficientemente sus conflictos y, por ende, sus contratos.

Los *dispute boards* son el intento de la industria de hacer las cosas siempre de manera diferente, y eso significa —y esto es lo más importante— prevenir y, de ser el caso, resolver los reclamos rápidamente en y durante la ejecución de los proyectos.

Veamos, la constante preocupación de la industria de la construcción en este momento, es que el arbitraje no termina de responder completamente a las exigencias de eficiencia en la gestión de los proyectos e igualmente pasa aquí en el Perú. Arbitrajes largos y costosos a nivel internacional obligan, sin duda, al sector, a innovar y crear nuevos métodos de control de reclamos que sean eficientes para la gestión contractual y dejar finalmente al arbitraje, aquellas controversias que sean económica y técnicamente relevantes para ser discutidas.

Los *dispute boards* tuvieron su origen inicialmente en los Estados Unidos, bajo una modalidad recomendativa para la construcción de, específicamente, represas, diques y túneles. El reporte más temprano, por ejemplo, lo ubicamos en la década de los 60, con la creación de una figura embrionaria que se denominó el *Young Consulting Board*, para la construcción de la represa de Boundary en Washington. Para la década de los 70, el Comité Nacional de Tecnología en Tunelería de los Estados Unidos, mejoró sus prácticas constructivas y diseñó un DRD, un *Dispute Review Board*, que fue estrenado para la construcción del túnel Eisenhower en Colorado, expandiendo su éxito en todos los Estados Unidos.

Pero, más cercano aún a nuestra región, ya en la época de los 80, se presentó el primer caso de utilización de un *dispute board* para la construcción de un mega proyecto de infraestructura de obra pública, como fue la construcción de la Represa Hidroeléctrica «El Cajón» en Honduras, que fue un proyecto financiado parcialmente por el Banco Mundial y con éxito en la gestión de las disputas.

Y, a nivel internacional, entre la década de los 90 y el 2000, se realizaron esfuerzos importantes, introduciendo una variante adjudicativa a los *dispute boards*, denominada el *Dispute Adjudication Boards*, que, digamos, es el estándar internacional que hoy tenemos bajo la Ley de Contrataciones del Estado con la junta de resolución de disputas.

Y estos esfuerzos internacionales, básicamente promovidos por el Banco Mundial en su documento de licitación estándar para la adquisición de obras y para FIDIC en sus formatos contractuales, son herramientas muy utilizadas en la actualidad. A nivel internacional, entonces, la popularidad y la frecuencia del uso de los *dispute boards*, ha venido creciendo rápidamente con el apoyo de entidades financieras multilaterales para el desarrollo de obras de infraestructura de gran inversión en diferentes países del mundo y existe gran cantidad de reportes y, yo diría, con mucha casuística sobre la eficacia práctica en la gestión y en la

prevención de los conflictos de los *dispute boards* a nivel internacional; por ello, no quiero referirme más a ellos, sino entrar a la experiencia que hay en la región.

Centroamérica, sin duda, es la región emblema en la utilización de los *dispute boards* en el desarrollo de infraestructura vial, por ejemplo, financiada por agencias multilaterales como, por ejemplo, La Cuenta del Milenio en Honduras o los proyectos de Fomilenio para infraestructura en El Salvador; pero, sin duda, la obra referente en América, fue la ejecución del tercer juego de esclusas del Canal de Panamá en el año 2012, que utilizó un *dispute adjudication board* para la gestión de sus conflictos previa al arbitraje; y, en Brasil, a través de un largo proceso de capacitación, se utilizaron los *dispute boards* para el desarrollo de proyectos de infraestructura para los Juegos Olímpicos del año 2016.

Y este reconocimiento, entonces, internacional, ha sido producto de un gran esfuerzo de instituciones como el Banco Mundial, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores - FIDIC, la *International Chamber of Commerce*, el *Dispute Resolution Board Foundation*, entre otras; pero, además, el éxito mostrado por este método radica en evitar en algunos casos y en resolver de manera temprana las disputas de manera rápida y eficiente del sector de la construcción.

En el Perú, toda esta gran experiencia internacional fue aterrizada hace muchos años atrás, con convenios de préstamos internacionales, por ejemplo, con el Banco Japonés y el Banco Mundial; sin embargo, su aplicación fue distorsionada en lo que se denominó las famosas conciliaciones decisorias, sobre las que estoy completamente seguro que muchos de ustedes han podido escuchar, pero, la verdad, es que ninguna de ellas tuvo eficacia práctica y lo único que hizo fue agregar mayores costos a la gestión del conflicto.

Y, para corregir ello, y acá está mi amigo Eric que no me va dejar mentir, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Univer-

sidad Católica, convocó a un grupo de profesionales para corregir y reglamentar internamente esta desviación en el tema del conocimiento de los *disputes boards* o de la junta de resolución de disputas y, a través del producto de largas jornadas de capacitación para promover estas ventajas, es que este centro logró publicar su primer reglamento sobre junta de resolución de disputas.

Debo decir que hoy, y ya con esto voy terminando para dar paso un poco al análisis normativo, que el Perú es un actual referente en la región, al haber regulado el tema de la junta de solución de disputas o los *dispute boards*, tanto para las asociaciones público privadas para el desarrollo de infraestructura, como también para el tema de las obras públicas.

Debo decir aquí, para los efectos de concentrar bien el análisis de las juntas de resolución de disputas, que los *dispute boards* han nacido en la industria de la construcción y, por tanto, si los llevamos a la Ley de Contrataciones del Estado, nos vamos a encontrar con la regulación para los efectos de la ejecución de proyectos de obra pública; sin embargo, yo quiero simplemente dejar tres temas relevantes que deben ser tenidos en cuenta para entender adecuadamente la estructuración de una junta de resolución de disputas. Primero, que la junta de resolución de disputas o los *dispute boards* forman parte de un sistema de gestión conflictual convencional, en el cual éstos no actúan solos, sino, están integrados en una cadena de gestión de conflictos donde siempre el arbitraje será quien jurisdiccionalmente define finalmente la disputa. Para que los *dispute boards* finalmente funcionen, nunca deben perder su condición de arbitrabilidad, es decir, no puede iniciarse un arbitraje y, ahora menos en materia de contratación de obra pública, si antes no se ha logrado obtener una decisión de una junta de resolución de disputas que resuelve éstas de manera temprana durante la ejecución del proyecto. Tres, para que los *dispute boards* funcionen, sus decisiones tienen que ser ejecutables, no sirve, para nada sirve, una decisión que no puede ser cumplida.

Si lo entendemos así, entonces, estaremos siempre avanzando en el camino correcto en la búsqueda de la eficiencia en la contratación estatal, que contribuya a incentivar la contratación y a reducir la gran brecha de infraestructura que tiene nuestro país. Muchas gracias.

JORGE LÓPEZ FUNG: Sin duda, importante la intervención del doctor Paredes para poder contextualizar, sobre todo, cómo es la casuística en este tipo de negocio. No olvidemos que el sector construcción es un sector no estático, entonces, siempre necesita que se levanten determinadas controversias que pueden haber, en el menor tiempo posible.

Ahora, para centrar un poco más e ir directo a los tipos de *dispute boards* y cómo se activa, el doctor Rodrigo Freitas va a dar una ponencia al respecto.

RODRIGO FREITAS CABANILLAS: Buenas noches. Antes que nada, agradecer al Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado por su cordial invitación.

Me gustaría empezar esta exposición tocando el último informe realizado por la Universidad del Pacífico respecto a la brecha de infraestructura que hay actualmente en el país, que asciende a 159 millones de Dólares, es decir, el Perú necesita construir obras de tamaño cuantía, justamente para tener una vida digna, obras útiles, obras necesarias, no interrumpidas ni atrasadas o incompletas.

Es por eso que en el sector de la construcción, nace el *dispute board* como un mecanismo de prevención y solución de controversias, desde la suscripción del contrato hasta la entrega de la obra. Y, es en el momento de la suscripción del contrato, donde las partes designan a un panel de expertos que va a acompañar toda la obra de manera ininterrumpida para prevenir y resolver sus conflictos. Lo que se quiere más que todo, es que las partes puedan administrar el contrato de construcción, teniendo un acercamiento de lo que ocurre en la obra de manera técnica. Si bien

el *dispute board* es un mecanismo de solución de controversias, también es una herramienta de *management* del contrato, que va a dar una certeza en el plazo, precio y alcance de la obra.

Lo que voy a exponer hoy día, son los tipos de *dispute boards* y cómo se activan. Para explicar, primero me gustaría enseñarles cómo sería una obra sin disputas, sería de la siguiente manera, todos felices, genial, no hay ninguna controversia, todos son amigos y no hay enemigos. Sin embargo, quiero enfatizar que el sector de la construcción es una actividad altamente conflictual, donde justamente la mala distribución del riesgo causa una incertidumbre entre los roles y responsabilidades de las partes, generando controversias por defectos o por demora en la obra.

¿Cómo se controla una disputa?, pues, hay que hacer un tratamiento adecuado del riesgo y el riesgo lo debe asumir la parte que lo va a manejar a menor costo posible, y eso es conocido en Análisis Económico del Derecho como *cheapest cost avoider*.

Mi recomendación: Es necesario un mecanismo de solución de controversias, que genere las reglas claras durante toda la ejecución del proyecto, que vaya contra las variaciones externas e internas que se dan en la obra y, más que todo, que maximice la rentabilidad del contrato.

Es por ello que para ayudarnos a gestionar nuestras disputas, tenemos esta herramienta que se llama «la curva de influencia de costo», que nos va a ayudar justamente a gestionar nuestras disputas. Si nosotros tenemos una disputa en el concepto del proyecto, porque éstas son las etapas de un proyecto: concepto, diseño, adquisición, construcción y conclusión, y la curva de influencia de costo nos va a decir que si tengo un problema en la etapa del concepto, el costo va a ser muy bajo; pero, si tengo un problema entre el concepto del proyecto y la etapa de conclusión o construcción, la curva es alta y el costo es alto, ¿por qué?, porque todas las disputas generan un costo y el costo se va a manejar si se resuelve una disputa de manera inmediata, y ¿cuándo no va a haber

costo?, cuando no haya disputas y, justamente, ¿cómo no va a haber disputas?, cuando haya una etapa de prevención, y eso lo vamos a ver en los tipos de *dispute boards*.

Este es el primer tipo, *dispute boards ad hoc*, el cual se va a constituir al momento en que aparecen las disputas en la ejecución contractual. Es más que todo como está regulado el arbitraje aquí en el Perú, no tiene una función preventiva.

Por otro lado, tenemos un *dispute board institucional*, que es el que está regulado en la Ley de Contrataciones con el Estado y su funcionamiento es desde la constitución y la suscripción del contrato, hasta la entrega de la obra. Éste tiene una función preventiva porque, justamente, incluye funciones como las visitas *in situ*, reuniones con las partes, visitas programadas a la obra, opiniones informales, que justamente van a parar las futuras controversias que se den durante la ejecución de la obra.

Ahora, tocaremos los tipos en torno a las decisiones de los adjudicadores. Como bien dijo el doctor Gustavo Paredes, acá en el Perú están reguladas las decisiones adjudicativas, que son, más que todo, decisiones que emite el panel, que son vinculantes y de obligatorio cumplimiento. En caso las partes estén disconformes, pueden emitir un comunicado de disconformidad y, posteriormente, un tribunal arbitral lo puede revertir; pero, durante todo ese tiempo se tiene que cumplir esa decisión.

Por otro lado, tenemos el *dispute board review board*, que es como nace el *dispute board* y lo explicó el doctor Paredes, es más que todo un panel que emite recomendaciones. Si en un caso en un tiempo prolongado, las partes no emiten una disconformidad, esta recomendación se vuelve de obligatorio cumplimiento.

Por último, tenemos el *combined dispute board*, creado por la Cámara de Comercio Internacional, que justamente tiene una función híbrida.

da de lo anteriormente señalado. Por regla general, el panel va a emitir recomendaciones y las partes se pueden poner de acuerdo para que en una disputa específica, se emita una decisión vinculante.

Ahora, ¿cómo se activa un *dispute board*?; el *dispute board* es netamente contractual, no es jurisdiccional, con lo cual, como el arbitraje necesita una cláusula arbitral para que inicie el arbitraje, el *dispute board* necesita dos acuerdos o dos contratos: Un acuerdo de *dispute boards* y un acuerdo tripartito.

El acuerdo de *dispute boards*, en primer lugar, va a estar dentro de una cláusula escalonada de solución de controversias, donde el último peldaño va a ser el arbitraje, es decir, en esta función de cláusulas, cada mecanismo de solución de controversias, cada peldaño, va a tener sus propios principios y no se pueden mezclar, los principios del arbitraje no los pueden ver en un *dispute board* y viceversa. Lo importante de este acuerdo de *dispute board*, es que va a estar el consentimiento de las partes de incurrir en este mecanismo, posteriormente en este acuerdo de *dispute board*, como dije, va a estar el consentimiento de las partes; va a estar la designación, el número y la profesión de los adjudicadores, abogado, ingeniero, arquitecto; el tipo de *dispute board*, como lo he señalado anteriormente; y, más que todo, el plazo para mostrar el desacuerdo con la decisión de los adjudicadores e incurrir en arbitraje.

Por otro lado, tenemos el acuerdo trilateral o tripartito, el cual es un acuerdo entre las partes y los adjudicadores, en el que va a estar regulado más que todo, las funciones de los adjudicadores y de las partes, como son sus horarios, cuándo van a ser las visitas periódicas a la obra, cuál va a ser el procedimiento para resolver una controversia y, asimismo, va a estar regulada la cláusula de controversia de este contrato que netamente es el arbitraje.

Éstas son las obligaciones y las funciones principales de las partes, tanto del constructor, propietario, como de los adjudicadores. La

función principal del constructor y propietario, aparte de pagar los honorarios a los adjudicadores, que se van a conocer desde un principio y no como en el arbitraje en el que va a salir las controversias o el pago de las utilidades que tú vas a generar durante la obra, es que pueden emitir informes trimestrales, bimestrales, de acuerdo a la ejecución del contrato, para que los adjudicadores tengan conocimiento de cómo va marchando la obra y pueda funcionar. Eso va a servir mucho porque va a saber qué frente no se está ejecutando de manera adecuada, qué frente está yendo de manera diligente. Eso va servir mucho justamente para la etapa de prevención.

Por otro lado, los adjudicadores tienen sus funciones, como lo he señalado, emitir opiniones informales, visitar la obra de manera periódica, reunirse con las partes. No hay que estar encasillados ni tener una mentalidad cuadriculada, como puede funcionar un método jurisdiccional, esto es más que todo abierto, más que todo una asesoría, es un apoyo y una confianza de las partes a un panel de adjudicadores.

Bueno, mi recomendación es que se capacite y se deje entender a los funcionarios públicos que este mecanismo es eficiente y eficaz. Si ellos no lo ponen en los contratos de construcción, nadie los va a poner, está en la Ley de Contrataciones, sí, pero no es obligatorio, quien lo va a poner es el área usuaria, es el funcionario público y deben entender que este mecanismo es eficiente y eficaz. Por otro lado, también es necesario capacitar a los funcionarios que fiscalizan justamente la actividad de los funcionarios públicos, que no se sancione al funcionario público porque no lleva todo al arbitraje, porque quien está mejor preparado para resolver el conflicto en una ejecución, va a ser el panel de expertos. Si lo vemos en el arbitraje, como bien lo dijo el doctor López, el árbitro es a quien le vas a contar el cuento; entonces, más que todo va a decir lo mismo que ha señalado el panel y cómo va a resolver el mismo. Por último, es necesario capacitar a los adjudicadores, no en lo legal, más que todo en lo legal y lo técnico, es correcto; pero, también en la filosofía de un *dispute board* y cómo funciona. Muchas gracias.

JORGE LÓPEZ FUNG: Lo que menciona el doctor Freitas es muy importante, porque no solamente a veces es interesante conocer bien cómo funciona, cómo es la figura del *dispute board*, sino cómo puedes activarlo. Mencionaba algo bien interesante con respecto a la cláusula escalonada y ahí han surgido algunas cosas, por ejemplo, la importancia del mecanismo previo de solución de controversias antes del arbitraje, ha habido mucha doctrina al respecto, hay algunos autores que piensan que es importante y otros que no. Pero bueno, podría ser materia de discusión en otra mesa de debate.

Ahora ya habiendo analizado un poco cómo es su funcionamiento en la práctica, es interesante conocer la normativa de los *dispute boards* y, al respecto, el doctor Eric Franco nos va a ilustrar.

ERIC FRANCO REGJO: Con relación a lo que comentaba el doctor López, que es cláusulas escalonadas, hay una sentencia bien interesante contra el Gobierno Regional de Loreto, relativamente reciente, en la cual se pronuncia sobre estas cláusulas escalonadas y, la conclusión a la que llega la corte, es que es una obligación contractual sobre la cual no habría lugar a que se pronuncie la corte para efectos de una anulación de laudo. Es bien interesante para estudiarla y ver qué efectos tendría ahora en el contexto que, inclusive hay una regulación normativa, si es que la solución sería la misma en el caso de un *dispute board* público. Pero bueno, eso es una nota para después en el debate de la mesa.

Quiero agradecer en primer lugar, al Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, por esta amable invitación; para mí es un placer estar acá compartiendo esta noche con ustedes.

Bien, entramos a la regulación normativa, como se ha dicho, en el Perú a veces somos bien avezados, entonces, como no iba bien la resolución de controversias de contrataciones del Estado en el Poder Judicial, se sacó toda la competencia y se fue a arbitraje, lo cual ha sido muy

positivo para ese rubro y lo mismo ha pasado, con los *dispute boards*, lo cual es sumamente positivo.

Ahora, en el camino ha habido una regulación muy específica que se ha incorporado en la ley, el reglamento y en la directiva de OSCE, que tiene también algunas deficiencias para poder ser aplicado de manera plena; sin embargo, es un gran punto de partida y, a nivel regional, nuestra experiencia es una experiencia pionera.

Todo lo que voy a decir en esta presentación así general, está escrito en un artículo que lo tienen en los materiales de la conferencia. Entonces, si alguna parte quiere volver a entrar sobre lo que estoy diciendo, está por escrito o lo podemos conversar después en el panel.

Bien, ¿cómo es la junta de resolución de disputas que está regulada en nuestra normativa de contrataciones públicas? Para empezar, no es obligatorio tener junta, es decir, que la entidad pública puede incorporar una junta como mecanismo alternativo en sus bases o las partes pueden acordarlo después de la adjudicación.

Hay dos tipos principales de juntas, una es la permanente y otra es la ad hoc ¿Cuál es la permanente?, es principalmente la que el doctor Paredes y el doctor Freitas han estado comentando, es una que se constituye al inicio de la obra y se mantiene hasta el final de la obra y tiene dos ventajas principales, una es que previene conflictos y la otra es que soluciona conflictos, en caso que surja lo va a prevenir, por el simple hecho de la presencia de la junta. Podemos discutir eso más adelante, pero hay un cordón muy importante de prevención de conflictos y, en caso que surja un conflicto, como es un panel que está muy familiarizado con la obra, puede resolver en un periodo más rápido. Ok, entonces, esa es la función preventiva y la función resolutiva.

Las juntas que están previstas en nuestra normativa para la obra pública, son las permanentes, es decir, las que se constituyen de principio

a fin, que emiten decisiones, no recomendaciones. Como hemos visto, hay unas que emiten recomendaciones y otras que emiten decisiones, y unas mixtas. En nuestra normativa pública está contemplado solamente la que emite decisiones y, obviamente, es lo lógico, porque si emitiera recomendaciones en un contexto público, no tendría ninguna eficacia.

Pueden estar integradas por uno o por tres miembros, dependerá principalmente del monto; los contratos de ejecución de obra que pueden tener este tipo de juntas, son los superiores a 5 millones de Soles, con la normativa original del año pasado estaba en 20 millones de Soles y la normativa de marzo lo ha bajado a 5.

En nuestro país, siempre van a estar administradas por un centro, no hay aquellas juntas que son ad hoc en el sentido de arbitraje, si no siempre son institucionales, ¿por qué?, porque para hacer un sistema nuevo, se buscó que tengan un contexto de protección para que funcionen bien y haya también un control de la ética de los adjudicadores. Si bien se deja abierta la posibilidad de contar con juntas ad hoc, o sea, que van a ser designadas para cada controversia a nivel de la ley, el reglamento cerró esa posibilidad.

Acá quiero hacer un comentario que me parece muy importante. Lo que se ha venido discutiendo en el Perú ha sido principalmente la conveniencia de juntas de resolución de disputas permanente, o sea, las que tienen la función de prevención y de resolución; pero, a nivel internacional, en Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda y muchos otros países, la real revolución en el sector construcción, viene por las juntas ad hoc, o sea, las que se constituyen por controversia y que emiten decisiones en un plazo muy corto. En Reino Unido, en 28 días, y en 28 días emiten una decisión en Derecho, que no busca ser totalmente precisa, sino que se conoce como «justicia gruesa», ¿de acuerdo? Ese tipo de adjudicación es obligatoria por ley para contratación pública y contratación privada, en la medida de que sea obra de construcción. Esa es la real revolución a nivel internacional en construcción de todo tipo.

En construcción para gran obra, tenemos la permanente, que es de lo que estamos principalmente hablando en este panel; pero, tenemos un mundo ahí por explorar, que es el de las ad hoc.

Controversias que puede decidir, podemos entrar más en detalle. Puede decidir sobre ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia, invalidez del contrato, ¿qué cosa es lo que nos hace ruido en esa lista?, obviamente, inexistencia, ineeficacia, invalidez del contrato, ¿por qué?, porque es una instancia meramente técnica, principalmente técnica digamos, y se le está dando la facultad para decidir sobre controversias eminentemente jurídicas, que no son propias del contexto de la junta. No se puede pronunciar sobre indemnizaciones por conceptos no previstos en la normativa de contratación pública, ¿qué quiere decir esto?, bueno, las controversias principales en construcción son adicionales, ampliación de plazo y disruptión, más defectos y controversias relacionadas con la liquidación, penalidades, etc. Sabemos que los adicionales no son arbitrables y tampoco pueden estar sujetos a una decisión de junta, ampliación de plazo sí puede ¿Cuáles son los temas que se estarían dejando de lado con esta redacción?, básicamente disruptión y algún otro concepto que no esté expresamente reconocido en la normativa. Podemos abundar sobre eso más adelante, pero se le está sacando un rubro de controversias que es bastante importante, se le está restando efectividad a este mecanismo.

Los deductivos, mayores metrados, aceleración/interpretación del alcance, sí se pueden ver y, acá vemos interesante como, si bien no se puede pronunciar sobre adicionales, sí se puede pronunciar sobre interpretación del expediente técnico, lo cual, ayudaría mucho como un previo a una controversia sobre adicionales. No se puede pronunciar sobre adicionales, la discrepancia sobre formulación, aprobación o evaluación de metrados de poca magnitud. Acá tenemos una redacción específica, que esto se ve en la liquidación del contrato, si es que es menor al 5% del monto del contrato, y tampoco controversias posteriores a la recepción, o sea, liquidación queda por fuera.

Como hemos dicho, se regula que esto sea básicamente institucional. El número de miembros, puede ser 1 o 3, dependiendo de la cuantía. Cuando se trata de un miembro, debe ser ingeniero o arquitecto, con conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como de contrataciones del Estado y debe estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros; y, los otros miembros, en caso de 3, deben ser expertos en ejecución de obras y deben estar inscritos en el Registro Nacional de Árbitros. Sobre eso podemos discutir mucho, lo dejo para cuando estemos en la mesa.

En cuanto a las actividades y funciones, tenemos que la función principal es emitir decisiones vinculantes respecto a las controversias planteadas por las partes, o sea, son de obligatorio cumplimiento, pero pueden ser controvertidas en un arbitraje, es decir, si el contratista pidió una ampliación de plazo de 30 días, la junta le reconoce 28 días, la entidad tiene que pagarle por los 28 días y después se podrá ir a un arbitraje para cuestionar esa decisión. Lo mismo, si el contratista considera que le corresponden los 30 días y no los 28, podrá irse a arbitraje para controvertir esa parte de la decisión con la que no está de acuerdo. También tiene la posibilidad de absolver consultas, tiene la obligación de efectuar visitas periódicas en la obra y otras que establezca el contrato respectivo.

En materia de plazos, para someter la controversia a junta, esta es una materia sumamente delicada, porque tiene que ver con la posibilidad de plantear el arbitraje posterior o perder el derecho y, sobre esto, me remito al artículo, me remito a lo que está acá expuesto y a lo que podamos comentar en la mesa, porque es un tema un poco extenso; pero, les digo, el tema de plazos va a ser esencial si en algún momento tienen que tratar con una junta de resolución de disputas.

Si se sigue el procedimiento de decisión de la junta, más o menos llegamos a 56 días hábiles. En FIDIC es un proceso de más o menos 80 días calendario, acá estamos en 56 días hábiles y, en Reino Unido, para

juntas ad hoc, estamos hablando de 28 días calendario. Si es que en este contexto hay una aclaración o corrección, ya sea de oficio o a pedido de parte, se le suman 5 días, si es de oficio y 18 días, si es de parte.

En cuanto a las decisiones, pueden ser asimiladas con un mini laudo, aunque la mayoría de gente que ve el tema de *dispute* podría horrorizarse con lo que he dicho; pero, en realidad, tiene que tener una estructura y ¿esto con qué tiene que ver?, es muy importante decirlo, con que la junta decide en derecho, por más que estas juntas van a estar conformadas principalmente por ingenieros, deciden en derecho y no en equidad.

Se ha puesto mucho énfasis en que las decisiones no pueden ser paradas por medidas cautelares y que son un requisito para la arbitrabilidad.

Quiero hacer énfasis en este *slide*, que es sobre es el plazo para iniciar el arbitraje. Lo podemos ver con calma cuando estemos en la mesa. Los plazos de la norma tienen algunas inconsistencias y hay que tener mucho cuidado con estos plazos, porque pueden dar lugar a improcedencias.

Finalmente, nuestra normativa no se pronuncia sobre el tema de horarios, lo deja simplemente a los centros y no se fijan lineamientos.

Eso ha sido un resumen muy breve de algunos de los temas sobre los cuales, espero, tengamos oportunidad de conversar cuando estemos en la mesa. Muchas gracias.

JORGE LÓPEZ FUNG: Para culminar esta mesa de debate, quisiera hacer una pregunta a la que brevemente podríamos intentar darle una respuesta, ¿qué se requiere para que la implementación de las juntas de resolución de disputas sea exitosa en obras públicas? Quizá el doctor Eric Franco nos pueda ayudar un poco.

ERIC FRANCO REGJO: Muchas gracias. Considero que debería haber la convicción de que las juntas son un mecanismo muy eficiente, digamos, la mejor práctica disponible el día de hoy para resolver controversias de construcción. Tiene la gran ventaja de que generaría que haya un solo gran arbitraje al final de la obra y tendría la gran ventaja de mejorar el flujo de caja de los contratistas porque, como dijimos, si el contratista pide 30 días y le reconocen 28, o 25, o 20, por lo menos va a tener esos días de gasto general en su bolsillo mientras arbitra.

¿Esto por qué es importante?, porque fortalece la mediana empresa constructora y, en el Perú, necesitamos competencia en nuestro mercado para dinamizar. Si sabemos que el Estado recibe en promedio 1.8 ofertas por cada licitación de obra, entonces, sabemos que el Estado no está recibiendo suficientes ofertas y el mercado no está siendo competitivo, ¿por qué?, una de las razones es porque en las grandes obras, se requiere espalda financiera para poder participar y eso le cierra la puerta a muchas constructoras medianas.

Se requiere la convicción de que éste es el mecanismo al que acudir; se requeriría, creo yo, una modificación normativa de algunas precisiones que están planteadas en el artículo que está repartido, algunas precisiones en la directiva, a lo mejor; centros que empiecen a establecer reglamentos, que entren en mayor detalle en todos los temas que la normativa remite a los centros, a que los centros desarrollen; y, obviamente, capacitación a todas las personas que estén dispuestas a actuar como adjudicadores.

JORGE LÓPEZ FUNG: Muchas gracias. Una última pregunta dirigida al doctor Paredes y al doctor Freitas. El artículo 213.1 señala que la junta de resolución de disputas no forma parte del arbitraje, pero ahí surgió un tema bastante práctico, ¿podrían actuar como testigos o sus decisiones podrían ser presentadas o remitidas como pruebas documentales en el arbitraje?

GUSTAVO PAREDES CARBAJAL: Gracias. De hecho esta pregunta tiene una connotación muy práctica y lo que normalmente podría llevarnos a pensar que los adjudicadores podrían participar en un arbitraje, yo creo que la ley ya lo zanjó y de manera muy clara y, ciertamente, la junta de resolución de disputas no es un centro de interés opuesto a ningún otro.

Ahora, hay una gran discusión, porque hay proyectos o hay obras, cuyo gran problema es el registro contemporáneo del desarrollo del proyecto, entonces, la carencia de pruebas hace que se tenga que recurrir a algún elemento que registre cómo se ejecutó la obra y, ciertamente, las decisiones que emite una junta de resolución de disputas, contienen un registro contemporáneo de lo que sucedió e, incluso, la participación de estos aplicadores y sus visitas regulares a la obra, los hacen un testigo natural de cómo se ejecutó un proyecto.

Ahora, con relación al tema práctico, si puede o no puede participar, eso depende de la regulación y del estándar internacional. Por ejemplo, en la Ley de Contrataciones no se dice nada al respecto, ni en el reglamento. Donde se dice algo al respecto es en la Directiva n.º 020 y, especialmente, en el modelo de contrato, hay una cláusula por ahí, la cual establece claramente que los miembros de la junta de resolución de disputas no pueden ser testigos, ya está, cerrado. Sin embargo, por ejemplo, en el reglamento del centro de la Católica, salvo acuerdo de las partes, por *default*, no pueden participar ni como árbitros ni como testigos.

Eso es en el contexto nacional; a nivel internacional hay una gran discusión porque, por ejemplo, el reglamento de la ICC, establece una restricción, es decir, no pueden participar ni como testigos ni como expertos, pero no dice si una decisión puede actuar o no como prueba documental. FIDIC, por ejemplo, en la tercera edición del formato de libro rojo, admitía la posibilidad de que el ingeniero pueda actuar como testigo; en el actual formato de libro rojo, no se dice nada al respecto, pero tampoco se prohíbe, con lo cual, en mi opinión, dependiendo de la regulación en la que estemos, creo que una decisión puede ser utili-

zada como una prueba documental, porque contiene la descripción de hechos contemporáneos confirmados por una entidad neutral. Es más, incluso, los adjudicadores podrían actuar en determinado momento como testigos de determinada situación.

Pero, es un tema discutible y depende de la regulación en la cual se desarrolla el tema de los *dispute boards*.

RODRIGO FREITAS CABANILLAS: Solamente ya para terminar, yo soy de la tesis de que nos encontramos bajo una cláusula escalonada, cada peldaño se tiene que ver de manera independiente y, si vemos un poco más allá, la experiencia internacional de donde se ha inspirado la Ley de Contrataciones, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, dispone este parámetro para la disposición de los adjudicadores; pero, si vamos un poco más allá de la práctica, si sólo tenemos a un testigo como adjudicador, evidentemente va a defender su posición y su decisión, porque justamente se va a cuestionar o se va a plantear el problema de la decisión que ha tomado. No se va a cuestionar, obvio, la decisión en sí, sino el problema de origen, pero él ya emitió una decisión, ya tiene un parámetro y puede ser muy parcializado al momento de estar como testigo. Obviamente no puede ser árbitro, el artículo 28 de la Ley de Arbitraje lo dice, no dice que sea un adjudicador, pero dice que el árbitro tiene que ser imparcial. Entonces, si nos encontramos con un árbitro imparcial, creo que el adjudicador es el menos imparcial para, justamente, velar por la decisión que ya ha emitido. Gracias.

GUSTAVO PAREDES CARBAJAL: Yo creo que el tema es interesante, pero un poco hay que ponernos en el contexto del estándar internacional de cómo se regula los *dispute boards*, para luego entender un poco la regulación de la ley. Lo que se somete a arbitraje no es la decisión de una junta, la decisión desaparece desde el momento mismo que la controversia ha llegado a arbitraje. Entonces, ahí hay un gran tema, porque los árbitros no van a tomar en cuenta la decisión como tal y, es por eso, que el arbitraje sigue siendo una jurisdicción de instancia única, y lo que tienen que hacer

los árbitros es volver a analizar toda la controversia y todas las pruebas que existan y tengan a la mano, y las partes pueden utilizar los elementos de prueba que mejor consideren, para probar la existencia de un hecho y el sentido técnico de uno. Entonces, depende de la situación, en realidad.

Yo particularmente, difiero de lo que dice Rodrigo, no porque no sea correcto sino, por el contrario, en circunstancias en las que es necesario utilizar elementos de prueba como éstos, ante la ausencia de registros contemporáneos, creo que no queda otra opción que utilizar la participación como testigos, en tanto sea permisible por el reglamento.

SEXTO PANEL: ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN CON EL ESTADO: EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL COMO REGLA GENERAL Y EL ARBITRAJE AD HOC COMO SUPUESTO EXCEPCIONAL

Silvia Rodríguez Vásquez¹⁸

Mario Castillo Freyre¹⁹

Katty Mendoza Murgado²⁰

Lesly Shica Seguil²¹

LESLY SHICA SEUIL: Muy bien. Muchas gracias, damos paso a este último panel; les agradezco que estén presentes aún, esperamos que los

¹⁸ Abogada con estudios de maestría en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú y docente en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la misma casa de estudios.

¹⁹ Magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, abogado en ejercicio, socio del estudio Mario Castillo Freyre, Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, profesor principal de Derecho Civil en Obligaciones y Contratos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su estudio. Asimismo, es decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.

²⁰ Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con maestría en Derecho de la Empresa en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y directora de Arbitre Soluciones Arbitrales S.R.L.

²¹ Fundadora del Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado y consultora en el sector público y privado en el ámbito comercial y de desarrollo sostenible. Continúa siendo la columnista más joven del Perú en temas de política actual en el portal Político.pe. Ha sido miembro de la Comisión de Transferencia del Ministerio de Cultura, es docente de posgrado en la Universidad del Pacífico y miembro del Directorio Nacional de Investigadores e Innovadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología - CONCYTEC. Actualmente, se desempeña como asesora del despacho ministerial del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social del Perú.

temas seleccionados para comentar durante estas seis horas imparables en el día hayan sido de su agrado.

Nosotros, en el marco de las facultades legislativas que otorgó el Congreso al Poder Ejecutivo, se promulgó el Decreto Legislativo n.^o 1341, que tiene como pilar fundamental, en sus antecedentes y hechos, reactivar la economía que, en realidad, es un término conocido y perseguido constantemente, así como luchar contra la corrupción para crear un marco jurídico que se encargue de modernizar, dinamizar, el proceso de contratación pública. En este marco también, se dio oportunidad para reorganizar estructuralmente el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE.

En ese sentido, nuestro panel que es «El arbitraje institucional como regla general y el arbitraje ad hoc como supuesto excepcional», tiene por objetivo analizar con los doctores que han sido mencionados, cuáles habrían sido las razones del legislador, del especialista técnico, para poder introducir estos cambios, que definitivamente tienen una incidencia determinante en el proceso de resolución de controversias en contratación estatal.

De esta forma, a continuación, voy a enumerar las preguntas para poder iniciar el panel y el intercambio de ideas con los doctores.

Primera pregunta, ¿cuál creen que sea la razón para que sólo puedan resolverse las controversias mediante arbitraje institucional? Esta pregunta está dirigida en el marco del artículo 45 del Decreto Legislativo n.^o 1341, que indica «Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes». Este mismo artículo, define que los supuestos excepcionales, sólo excepcionales, para recurrir a un arbitraje ad hoc, estarán regulados en el reglamento, que también será materia de nuestro análisis. Entonces, doctores, ¿cuáles creen que

hayan sido las razones para identificar de esta manera al arbitraje institucional?, ¿qué habría pensado el técnico de la norma?

SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ: Gracias, buenas noches. Agradecer primero al Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado, agradecerte Lesly por esta nueva invitación y por permitirme estar aquí esta noche para conversar con ustedes.

¿Por qué creo en particular que puede haber ocurrido este cambio?, pues definitivamente para mí, ocurre porque ya tenemos más de 17 años con un arbitraje en contratación pública que no definía el arbitraje institucional como regla. Sabemos de todos los problemas que han existido en arbitraje; en otras ponencias que he tenido, he hecho mención de que el arbitraje se está asociando, lamentablemente, con la palabra corrupción y, entonces, consideramos que esta asociación inadecuada, que está ocurriendo no solamente en temas de arbitraje, sino en otros aspectos de la sociedad peruana, hace tal vez que éste sea el momento para que se regule de una manera distinta, lo que es el arbitraje en contratación pública.

Tengo obviamente yo mis reservas en cuanto a si ésta sería la mejor solución, porque la herencia que están teniendo los centros de arbitraje sobre cómo es percibido el arbitraje institucional, más aún con lo que ha ocurrido con los temas de Odebrecht, podría no necesariamente significar que es la mejor solución, la manera cómo se está planteando.

Yo creo que ese es un tema de confianza, es un tema de personas, es un tema de manera cómo cada contratista, cada entidad, asume las controversias que se les hace llegar. Yo creo que si realmente las personas apostaran por un arbitraje ético, es decir, valores, definitivamente cambiaría la situación.

Siempre el arbitraje institucional ha sido visto, en el mundo entero en realidad, como la mejor salida para cualquier arbitraje, los arbitrajes

ad hoc más bien, son arbitrajes excepcionales, así como lo dice la norma, excepcional; y, más bien, hay mayor desarrollo del arbitraje institucional, lo que no ha ocurrido en el país.

Entonces, éste es el momento que se ha tenido y yo creo que básicamente también es por lo que significa la materia, la materia es un tema de interés público, entonces, es mucho más fácil hacer que de repente algún organismo como es el OSCE, supervise a determinado número de centros. Podemos de repente estar en desacuerdo en la manera cómo se debe acreditar a los centros de arbitraje, pero creo que sería lo más adecuado para poder tener un mayor control, dada la importancia que se tiene atrás en cuanto a la materia, estamos hablando de interés público, de fondos públicos. Eso es.

KATTY MENDOZA MURGADO: Buenas noches. En primer lugar, agradecer la invitación al grupo de estudio de la UPC.

Voy a tratar de centrarme en la pregunta, porque más allá de que el tema que nos toca exponer y sobre el que tengo la fortuna de compartir mesa con personas con tanta experiencia, es un tema que puede generar mucho debate, pero es un tema en sí, muy concreto.

Buscando más allá de lo que muchos puedan pensar de por qué se hizo esta modificación legislativa, quise encontrar las razones que, en concreto, generaron que el Ejecutivo optara por esta decisión, porque muchos podrían presumir que esto es una lucha contra la corrupción o una forma de lucha contra la corrupción, que el Ejecutivo quería implementar; era una opción para darle mayor transparencia al arbitraje, era otra idea que muchos tienen al pensar o tener alguna idea de por qué el Ejecutivo quiso implementar esta modalidad como regla en el arbitraje o en la solución de controversias en el Estado.

Y, lo cierto es eso, comencé a buscar, a indagar, y la razón que sustenta esta modificación normativa, es el hecho de buscar alguna forma de transparencia en el arbitraje, en particular, cuando el Estado es parte.

Algunos comentarios, inclusive, dicen que es una forma de lucha contra la corrupción, porque el arbitraje institucional brinda mayor transparencia que un arbitraje ad hoc. Y ahí ya hay todo un debate de índole subjetivo, quizás, para encontrar una respuesta concreta. No coincido, en todo caso, con la idea, bajo ese razonamiento al menos, de que el arbitraje institucional sea el mecanismo para erradicar la corrupción, así como ha sido planteado, como ha sido la vocación de la norma.

Creo que indebidamente los actores del arbitraje, venimos viendo ambas modalidades de arbitrar como dos adversarios, creo que no son dos adversarios, creo que son dos modalidades distintas y que los particulares y, como bien se sabe, el arbitraje surgió para solucionar controversias entre privados, de ahí que tenga características como la confidencialidad, la rapidez, ¿por qué?, porque el privado requería eso para la solución de sus controversias; sin embargo, el Estado tuvo la decisión de incluirlo como mecanismo para hacer solucionar sus controversias, porque tenía varias características que ayudaban a ello, la rapidez, la flexibilidad, la especialidad de los profesionales.

Ahora, el arbitraje con el Estado está bastante regulado. Alguna vez me dijeron, «Kathy, pero en un arbitraje institucional tengo reglas pre establecidas que me dan cierta predictibilidad y estabilidad», sí es cierto, yo no cuestiono ninguno de los dos mecanismos, los dos son modalidades distintas, con reglas distintas, ambas tienen sus ventajas y desventajas; sin embargo, yo creo que está en la libertad de las partes, optar por el mecanismo que más les ayude para solucionar su controversia y, esa es una situación que, en todo caso, no creo que el establecer el arbitraje institucional como regla para solucionar las controversias con el Estado, sea la solución para lo que pretende el Estado, al menos con la vocación con la que ha sido realizada la modificación.

El arbitraje ad hoc, por ejemplo, que ha sido reducido solamente para contratos de bienes, servicios y para menor cuantía, tiene algunas bondades que no se han tenido en consideración. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el tema de la corrupción, así como se discute a nivel del Poder Judicial, no obedece a instituciones, sino que obedece a personas. Así que, quizás, el mecanismo más adecuado que se deba ir evaluando para modificar, porque no se puede dejar de lado que ha habido situaciones en el arbitraje que han generado cuestionamientos de índole ético y que han generado que el Ejecutivo tenga que tomar medidas, se deba hacer evaluando a las personas, quizás con una supervisión más estricta a las personas que formamos parte de este mundo arbitral de diferentes formas, hay diferentes actores en el arbitraje.

Sin embargo, no me parece, en todo caso, adecuada la vocación de la norma o la intención que ha tenido el Ejecutivo para implementar de manera obligatoria el arbitraje institucional versus el arbitraje ad hoc.

MARIO CASTILLO FEYRE: Bueno, yo quiero agradecer al Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado y a Lesly, por la generosa invitación para estar acá esta noche.

Es un tema muy complicado. Yo señalaba en la versión anterior de este congreso, que la razón por la cual se instauró esta norma, es porque la Comisión de Integridad que nombró el Poder Ejecutivo al inicio de este régimen, consideraba que, de acuerdo a las propuestas que había formulado, ésta era una manera de controlar mejor la administración de justicia, cuando hubiere de por medio dineros públicos.

Yo entiendo la legitimidad de la preocupación; pero, lo que yo siempre he cuestionado es que, a ver, yo por eso digo esto siempre, si nosotros tomáramos una fotografía y me dijeran «bueno, los centros de arbitraje que van a administrar los arbitrajes en el futuro, son en Lima el centro de arbitraje de la Universidad Católica y la Cámara de Comercio», yo te digo «ya pues, bacán, que sea institucional»; pero, esa no es

la figura, la figura es que van a poder existir nuevos centros de arbitraje, en tanto cumplan determinados requisitos.

La sospecha que tengo yo, es que, finalmente, va a haber un número importante de centros de arbitraje y, los malos elementos se van a infiltrar en muchos de ellos y, sin duda, promoverán la creación de varios de ellos, y las mafias operarán, ya no tocando la puerta de un centro de arbitraje para ver cómo lo tomo, como ocurrió con el Colegio de Abogados hace unos años, sino organizando el propio centro de arbitraje y sacando el permiso en el OSCE. Total, si voy a cumplir los requisitos formales y los requisitos formales los van a cumplir todos.

Entonces, claro, yo digo «qué bien funciona el centro de arbitraje —tantas veces lo he hablado con Silvita— de la Universidad Católica», claro, pero le digo, «vas a ver que pronto habrá otro centro de arbitraje de una universidad que ni siquiera tenga seguramente los permisos de la Sunedu todavía, pero ya tendrá su centro de arbitraje» y tú dirás «¿quiénes están ahí?», «no sé, pero ya están aprobados por el OSCE, tienen su cartón que los acredita». Entonces, ellos son los que van a designar árbitros, van a ser los que van a ver las recusaciones, los que van a decir quién está o no en la lista de los árbitros, etcétera.

Además, en muchos casos, mi sospecha, que lamentablemente creo que algún día se va convertir en realidad, es que los centros de arbitraje regionales van a terminar articulando a las mafias regionales, con lo cual, tendrás muchos centros de arbitraje que respondan al poder político de turno, vía testaferros.

Entonces, ese es el escenario en el que yo pienso cuando hablo del arbitraje institucional, porque no puedo yo aislar el arbitraje de los males del Perú, porque no estoy hablando del arbitraje en Suiza, estoy hablando del arbitraje en Perú, ¿correcto? Entonces, yo no puedo decir «bueno, el arbitraje está acá, por lo tanto, es inmune a cualquier vicio o mal de los que se producen y conocemos en el Perú».

Entonces, ante ese temor, yo digo «yo prefiero que el arbitraje siga siendo como ahora», es decir, algunas instituciones arbitrales que se han formado por convicción y no por voracidad, ¿me explico?, o sea, las que existen, existen por convicción, la Cámara de Comercio cree en el arbitraje, la Católica cree en el arbitraje, y se han formado por convicción, no por voracidad; a que, en un mercado limitado a estas instituciones, en donde el mercantilismo sea precisamente la regla y la vocación y honestidad, sean la excepción.

Esa es mi preocupación. En razón de eso creo que no le hace mal al arbitraje el que sigan conviviendo el arbitraje institucional y el arbitraje ad hoc, así hay sitio para todos. Además, por ejemplo, un caso así como he ensalzado mucho el centro de arbitraje de Silvia, quiero hablar también de Arbitre, Arbitre no es un centro de arbitraje propiamente dicho, pero es una institución que administra arbitrajes ad hoc y lo hace muy bien, yo he tenido y tengo arbitrajes ahí ¿no es cierto?, claro, y lo hacen muy bien, qué bueno y son ad hoc pues, no son institucionales, claro es un bicho raro, es una institución que administra arbitrajes ad hoc, pero son ad hoc al final.

Y ¿de qué depende la historia?, ¿saben de qué depende la historia al final?, la historia depende de que la institución o que el tema sea administrado por una Silvia Rodríguez o por una Katty Mendoza, y no por sabandijas que administren estos centros de arbitraje. Entonces, de eso depende la historia, ad hoc con institucional, ¿de qué depende que el secretario no te ponga la fecha atrasada cuando te recibe el escrito?, depende del secretario y del presidente, que no se deje mangonear y que ponga un secretario correcto, de eso depende; y, eso es en el institucional y en el ad hoc, porque los mismos problemas pueden pasar en uno y en otro.

Yo hago simplemente una pregunta, ¿nosotros estamos absolutamente seguros y podríamos jurar con la mano sobre la Biblia que en el Perú todos los centros de arbitraje funcionan bien? y la respuesta es, por lo que yo conozco, no, no lo puedo asegurar, es más, puedo asegurar

que muchos no funcionan bien, no los voy a mencionar obviamente, pero conozco algunos que funcionan muy mal. Bueno y esos son institucionales, entonces, la pregunta es ¿ese arbitraje institucional, va a ser mejor que un arbitraje ad hoc bien administrado en un estudio de abogados del presidente del tribunal arbitral con un secretario que sea una persona seria?, no, definitivamente no. Todo depende, pues, de las personas.

Entiendo la preocupación del Estado, entiendo, cómo no la voy a entender; pero, yo quiero transmitir mis temores y son los que he expresado en esta pequeña intervención.

LESLY SHICA SEUIL: Claro está, doctores, que tanto los temas de corrupción como otros factores, son inherentes a las personas y no necesariamente a la institución. En ese sentido, la segunda pregunta, lo cual creo que ha sido respondida inicialmente es, en todo caso, ¿cuál sería el mecanismo o de qué manera podríamos evitar la proliferación de nuevos centros de arbitraje que quizás no reúnan las condiciones para poder ser instituidos, creados?, ¿qué opina usted doctora Silvia?, ¿cómo podríamos evitarlo? Hace un momento estábamos conversando porque, en realidad, éste es un tema que particularmente siempre pido moderar, es muy interesante como los doctores manejan los centros de arbitraje y también Arbitre, con las secretarías arbitrales.

SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ: Bueno, comparto también la opinión de Mario que es bastante difícil evitar la abundancia, no quiero llamarla proliferación porque suena a plaga, la abundancia de centros de arbitraje, si es que estamos hablando de solamente requisitos absolutamente formales, definitivamente esto va a conllevar a una larga lista que, tal vez, el OSCE va a tener que aprobar.

Desde mi punto de vista, definitivamente, la mejor manera de evitar esta abundancia de centros, va a ser la transparencia con la que se va a actuar, es decir, la información que se brinda al mercado es la mejor

manera de evitar que surjan centros que no necesariamente estén dentro de lo que hablaba Mario, de la vocación del servicio de arbitraje y no la voracidad por los costos arbitrales.

Entonces, si yo tengo un centro de arbitraje que me da toda la información y un centro de arbitraje que más bien trabaja con oscurantismo, que evita dar información, definitivamente el mercado en algún momento lo tiene que retirar; pero, para eso también, la labor pues, es como formar parte de las patas de una mesa, eso más —obviamente— una mejor regulación en cuanto a lo que son las responsabilidades y las funciones de aquellos que están viendo los arbitrajes desde el punto de vista estatal. Y, obviamente, con mayor razón, el compromiso de los abogados, que por hacer una defensa de sus clientes, pueden llegar a prácticas que no necesariamente se conducen con la ética.

Entonces, yo creo que son diversas columnas que tienen que implementarse para evitar que haya un exceso de centros de arbitraje, que no le va a hacer bien a la institución. Al final, el arbitraje, como se ha dicho, es una opción del Estado, del Estado peruano, no existe en otros lugares del mundo tengo entendido, para poder llevar sus conflictos a un buen término, es decir, para resolver de mejor manera. Entonces, si continuamos en este mismo camino, es muy probable que el Estado diga «bueno, ya no vamos a continuar», esperemos que eso no pase.

Pero, yo creo que esa es para mí la mejor manera y, obviamente, un OSCE mucho más comprometido con este tema de la transparencia, que se dedique realmente a ser un regulador, que dé información al público, para que también el público, los clientes, tomen las mejores decisiones.

KATTY MENDOZA MURGADO: Es cierto, la redacción o la innovación que tiene nuestra Ley de Contrataciones, va a implicar necesariamente que se incentive la creación de centros de arbitraje. Yo creo que el Ejecutivo, cuando pensó en esto, solamente tuvo la idea de que los centros

de arbitraje eran la Católica y la Cámara de Comercio y que todos iban a seguir el mismo patrón; sin embargo, la norma es más preocupante aún, porque establece que, además de ser arbitraje institucional, va a tener que ser por un centro acreditado por el OSCE y del lugar del perfeccionamiento del contrato. Así que, tenemos que ver a nivel nacional, qué tantos centros de arbitraje se crean a raíz de esta norma, y qué tanta seguridad, transparencia, que fueron las razones por las cuales se hizo esta modificación, realmente cumplen con ello.

Yo creo que la situación es muy delicada; actualmente hay centros de arbitraje a nivel nacional que dejan mucho que desear o para nada cumplen con la vocación de la norma, que es dar transparencia o seguridad a las partes en relación a la conducción de un arbitraje.

¿Qué formas o qué mecanismos se pueden dar para evitar la creación de estos centros de arbitraje?, porque la norma ya está dada y, mientras tanto, como me comentaban algunos colegas, ahora no hay ningún centro acreditado por el OSCE. La situación, inclusive, del proceso de selección es delicada, porque si bien la norma exige que las entidades tengan que incluir dos centros de arbitraje dentro de sus proformas, aún no pueden cumplir con ello. Así que, está generando cierta demora o dilación en los procesos de selección, dada la inseguridad o incertidumbre en la cual se encuentra.

Así que, la situación es más delicada cuando nos ponemos a leer la directiva que tiene vigente el OSCE, que todavía no está operativa entiendo, pero es lo último que emitió para la acreditación de centros de arbitraje, porque sí hay una. Si ustedes revisan lo que dice esta directiva, el tema es más delicado, porque son requisitos de forma nada más.

Como bien lo señaló Mario, es un tema que a veces no lo menciono pero no quiero que se entienda un poco mi corazón como el arbitraje ad hoc, pero yo tengo una empresa que se dedica a administrar arbitrajes ad hoc y, de acuerdo a lo que establece esa directiva, cumple todos los

requisitos para convertirme en centro. Yo tengo los cuatro años de experiencia en el tema, los directorios necesarios, porque son temas logísticos normalmente que te piden, te piden un *software*, te piden una cantidad de secretarios, un determinado espacio y nada más que eso. Con lo cual, yo estaba en óptimas condiciones y conciliar todos los requisitos para convertirme en centro y, de hecho, como bien lo señala Mario, muchas personas vienen y te llenan de información y te dicen «Kathy, conviértete en centro», pero te pones a pensar, o sea, yo he tratado de mantener mi relación profesional también con un tema académico de por medio, y manejarme de manera paralela a esas dos cosas, me ha permitido ser consecuente con lo que creo.

Yo creo que para ser centro se requiere necesariamente, tener un respaldo institucional. Mi empresa durará el tiempo que yo decida que dure; en cambio, un centro de arbitraje tiene que tener permanencia, ¿por qué?, porque se incluye como parte de un contrato que puede tener una vigencia de un año, de meses, como de treinta años, y tiene que brindar seguridad a las partes respecto a que si mañana más tarde, tienen una controversia, saben a dónde dirigirse.

Un arbitraje institucional tiene una noción o una idea distinta a un arbitraje ad hoc, un arbitraje ad hoc quizás es más fácil cuando la discrepancia ya surgió y las partes quieren una solución rápida y quieren establecer políticas o normas que permitan un arbitraje rápido, eso es un arbitraje ad hoc. Por eso es que implementar uno u otro, o poner uno u otro, para mí no es el mecanismo más idóneo; sin embargo, si la norma ya está dada y aún no está vigente, lo que sí se debe buscar es establecer o reformular, quizá, esta directiva o establecer exigencias de índole distinta, para que no exista una proliferación de centros arbitrales indebida a nivel nacional.

Lo que sí se tiene que evitar es eso porque, así como han llegado a mí muchas personas a querer de alguna forma presionar o vender la idea de convertirme en centro, creo que a nivel nacional eso va a ser

aún peor, y van a haber muchos intereses para crear centros y manejar arbitrajes, ya desde otro tipo de mafias, como decía Mario, distintos a los que conocemos ahora al menos.

MARIO CASTILLO FREYRE: Brevemente, respondiendo a la pregunta, en estricto yo creo que es imposible de evitar la creación, y es imposible porque toda norma sólo puede establecer requisitos de orden objetivo y no de orden subjetivo, es decir, de lo contrario no se podría autorizar el funcionamiento de un banco, de una compañía de seguros, de un AFP, hablando de la SBS; bueno, igual ocurre con los centros de arbitraje, son requisitos de orden objetivo.

Yo coincido con lo que dice Silvia, es decir, el tema de la transparencia, la idoneidad en el comportamiento del centro de arbitraje; pero, eso ya forma parte de cómo se actúa en la cancha, ahí ya vas a estar compitiendo con los centros de arbitraje. Yo ya he escuchado, por eso mi alarma, yo ya he escuchado de algunos centros de arbitraje que recién se han creado fuera de Lima, en donde ya hay contubernios seguramente entre algunos contratistas y algunos alcaldes, sí yo he escuchado, y eso es lo que me preocupa. No es que yo tenga una bola de cristal y diga «esto puede pasar», yo ya lo vengo escuchando, «mira, pasa esto». Me apena que eso ocurra, pero es ineludible el camino que se va a seguir.

Entonces, vas a tener a la Católica compitiendo con ese centro de arbitraje; pero, para colmo, como la Católica no tiene sede allá, el contrato que se celebró en esa provincia, no puede ir a la Católica, una barbaridad de la norma, tiene que ir a ese centro de arbitraje. Está todo arreglado, o sea, digamos, lo que ocurre es que a veces el tiro sale por la culata pues, a veces se quiere hacer el bien a través de una norma, pero la norma no se piensa adecuadamente, es algo así como el proyecto de reforma constitucional que se ha presentado en relación al Consejo Nacional de la Magistratura, todos coincidimos en que debe variar, pero no de esa manera pues, no puede presentarse una norma en ese sentido. Bueno, lo mismo pasa con esto.

Yo creo que eso se ha hecho apurado por el plazo de vencimiento de la delegación de facultades y, sin duda, miren ustedes, sin duda, las aguas ya han tomado otro nivel de hace medio año cuando discutimos este tema, porque hace medio año, el tema era blanco o negro y ahora no es blanco o negro, porque ya se aprecia mejor cuáles son precisamente esos problemas que puede tener la normativa en vigencia. Bueno eso sería todo.

LESLY SHICA SEUIL: Muy bien doctores, les agradezco a los tres por estar presentes en este día. Por cuestiones de tiempo, vamos a pasar a la tercera pregunta y comentarios finales, es sobre un tema que no podemos dejar de comentar, que es ¿dónde se quedó el arbitraje ad hoc? ¿reservado para qué situaciones? El artículo 184.3 del reglamento, indica que el arbitraje ad hoc está reservado para aquellas controversias que se deriven de contrataciones de bienes, servicios y consultorías, con monto contractual menor o igual a 25 Unidades Impositivas Tributarias. En ese sentido, sería importante determinar por qué el legislador, el normativo técnico, ha establecido este monto para reservarlo al arbitraje ad hoc, de repente sigue siendo un tema de corrupción o quizás haya sido otra la motivación. Les agradeceré mucho dar su opinión brevemente y las conclusiones del caso, para pasar también específicamente a determinar cuáles son las consecuencias penales que derivan de este tipo de contrataciones públicas. Adelante doctora Silvia.

SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ: Bueno, yo como siempre, creo que ha sido la opción de legislador el señalar primero cuáles son las materias que alcanzan solamente el arbitraje ad hoc, se habla de bienes, servicios y de consultoría en general, se ha retirado específicamente lo que son obras; y, en cuanto a lo que es 25 UIT, sacando la cuenta al día de hoy, esto es aproximadamente poco más de 100,000 Soles.

Comentaba hace un momento, que 100,000 Soles es un arbitraje que nosotros en el centro de arbitraje también tenemos y hasta de montos menores; pero, obviamente, no podría y, ahí vemos claramente la

intención, desde mi punto de vista, del legislador, de evitar esta voracidad —me gustó mucho la palabra, Mario— esta voracidad de repente de algunos elementos en el arbitraje, de querer tomar los procesos, los arbitrajes para su beneficio personal.

Entonces, han querido evitar ese tipo de deseo comercial de hacer suyos muchos honorarios, pero es un monto que no me extraña porque nuestro centro ve montos mucho más pequeños que esos y, obviamente mucho más grandes. Entonces, al haber reducido esos montos para poder arbitrar en ad hoc, definitivamente lo hace menos atractivo a personalidades que tal vez se encuentran reñidas, de repente, contra la ética. Entonces, me imagino que es eso, en realidad estoy haciendo supuestos de la intención.

Yo quiero hablar también un poquito de lo que es la subsidiariedad del arbitraje en cuanto a lo que es el SNA, o sea, ahí precisamente debería estar esta visión, los montos menores deberían irse a esto y a esto debería atender también la norma, cuando sean arbitrajes demasiado pequeños, mira 100,000 definitivamente no es un arbitraje atractivo, pero en nuestro centro sí tenemos ese tipo de arbitrajes y los tenemos obviamente que arbitrar con muchísimo gusto y con la misma calidad que hacemos un arbitraje que, de repente, puede darle muchos honorarios a los árbitros.

KATTY MENDOZA MURGADO: Como lo señala Silvia, creo que es un tema de opción legal, definitivamente. Para el Ejecutivo, el tema ha sido que el arbitraje ad hoc no brinda garantías y, en todo caso, lo que ha querido reducir es el campo en el cual se puede desarrollar un arbitraje ad hoc y ha establecido una cantidad de UIT e, inclusive, ha reducido también su campo a sólo contratos de servicios, consultoría y bienes ¿Por qué?, porque ha sido bajo la idea o el razonamiento de que el arbitraje institucional es el que brinda mayores garantías y, en todo caso, los contratos con mayor cuantía, más importantes, más complejos, deben seguirse con arbitraje institucional y no con arbitraje ad hoc.

Ha mantenido el ad hoc para aquellos casos de menor cuantía, a efectos de ser conscientes quizás de que el mercado hoy por hoy, no está en la capacidad, no hay la cantidad de centros que tengan la capacidad de conducir o administrar todas las controversias o arbitrajes que se dan en todos los contratos, órdenes de compra y órdenes de servicio que emiten las entidades. Creo que principalmente es por eso.

MARIO CASTILLO FREYRE: Bueno, yo creo que se trata de una inconsistencia más de la norma, porque si el arbitraje ad hoc es malo o fomenta la corrupción, igual la fomenta si se discuten 10 millones de Dólares o si se discuten 100,000 Soles. O sea, «que el beneficio va a ser menor y yo arriesgo menos si te robas algo o traficas algo en un arbitraje de 100,000 Soles, así que como Estado no me importa mucho»; esa es una doble moral, porque, es decir, «no, acá cuando hay plata, plata, o sea, lomo fino, institucional; pero, si es hueso y pellejo, ahí sí haz lo que quieras», «oye, pero ¿no que era malo o es que es malo cuando hay mucha plata?», es que algo no es malo cuando hay mucha plata y bueno cuando hay poca plata. Es bueno o malo.

Por lo tanto, la misma regla debía seguirse, yo creo, que tanto para el arbitraje de montos considerables, como para el arbitraje de cantidades menores. Además, digamos, perdón, ¿menores para quién?, porque 100,000 Soles no es que sean 2 Soles, o sea, 100,000 Soles es plata, ¿que no es plata?, que haya montos mayores controvertidos, por supuesto que sí; pero, que digan «100,000 Soles no es nada», por supuesto que sí. De repente, pues, no será plata para alguien; pero, para quien la está discutiendo o reclamando sí, de repente es el monto del contrato o algo parecido.

Entonces, son cuestiones que tienen una importancia subjetiva, dependiendo de quién es el que discute esos montos. Yo creo que volvemos a lo mismo, es decir, una norma mal concebida con una excepción, sin duda, a conveniencia y que no guarda el sentido de lo que la propia Comisión de Integridad aconsejó al Ejecutivo, o todo era institucional,

o seguía tal cual era antes, pero no con una norma que, en cierta forma, concibe una distinción bastante hipócrita del problema. Gracias.

LESLY SHICA SEUIL: Gracias, muy amable entonces por compartir estos momentos con nosotros y apoyar nuestras iniciativas académicas. Fuertes palmas para los doctores, por favor.

ACTAS DEL SEGUNDO SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN EN
CONTRATACIONES CON EL ESTADO GICE 2017
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
MARZO DE 2018, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ