

**ACTAS DEL QUINTO CONGRESO INTERNACIONAL
DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA
ASOCIACIÓN ZAMBRANO - CUSCO 2017**

Volumen 53 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Actas del Quinto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación de la Asociación Zambrano - Cusco 2017

**CENTRO DE
ARBITRAJE**



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**



Universidad Católica
San Pablo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**ACTAS DEL QUINTO CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y
CONCILIACIÓN DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO -
CUSCO 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.consensos.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

Primera edición, mayo 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 2018-07314

ISBN: 978-612-4400-01-8

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	9
Palabras de bienvenida <i>Juan Ramón Balcells Olivero</i>	11
La falta de regulación del lugar de la sede en la normativa de contrataciones con el estado <i>Karina Zambrano Blanco</i>	21
Luces y sombras del arbitraje <i>Huáscar Ezcurra Rivero</i>	27
Los siete pecados capitales de un orador en arbitraje <i>Renzo Seminario Córdova</i>	35
Presentación de LexFinance - V Congreso Internacional de Arbitraje, Mediación y Conciliación Cusco, Perú <i>Diego Saco</i>	53
Los conflictos de interés en el arbitraje internacional <i>Carlos Alberto Matheus López</i>	61
Delito de colusión en el ámbito de las contrataciones que se realizan con las entidades del sector público <i>Luis Lamas Puccio</i>	77
La ética y el impacto de la corrupción en el arbitraje <i>Juan Ramón Balcells Olivero</i>	99

El árbitro de emergencia. A propósito de su reciente incorporación en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima <i>Hugo Sologuren Calmet</i>	109
La utilización de la mediación en la resolución de los conflictos en Brasil <i>João Alberto Santos de Oliveira</i>	131
La neutralidad de Ositran. Análisis de la figura del «tercero coadyuvante» en la nueva Ley de App's <i>Sandro Espinoza Quiñones</i>	135
Principales modificaciones al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado <i>Ricardo Gandolfo Cortés</i>	149
Árbitros y conflictos de interés <i>Manuel Diego Aramburú Yzaga</i>	171
El arbitraje en contratación pública: actores, problemas y casuística <i>Jorge Burga Vásquez</i>	181
La diferenciación del derecho de resolución de las entidades públicas y los contratistas en los contratos de obra pública en Perú <i>Eric Franco Regjo</i>	191

NOTA DEL EDITOR

Presentamos el volumen 53 de la *Biblioteca de Arbitraje* de nuestro Estudio, obra que compila las ponencias pronunciadas en el Congreso de Arbitraje organizado por la Asociación Zambrano, que tuvo lugar en la ciudad del Cusco el año 2017.

La doctora Karina Zambrano ya nos tiene acostumbrados a la realización de estos eventos, los mismos que congregan un número muy apreciable de especialistas en arbitraje, tanto del Perú como de otros países.

Tal ha sido el éxito de los referidos congresos, que para mayo y junio del año 2018 se ha organizado, en coordinación con la Asociación Zambrano, la X Conferencia Latinoamericana de Arbitraje, la misma que tendrá lugar en la ciudad del Cusco y será ocasión para presentar en sociedad el presente volumen de *la Biblioteca de Arbitraje*.

De esta forma, nuestro Estudio sigue comprometido con el auspicio de estas publicaciones, las mismas que tienen por objetivo difundir —de la mejor manera posible— los alcances del arbitraje en nuestro país y fuera de él.

En ese sentido, con todo gusto, a la par que con nuestro agradecimiento a la doctora Zambrano y a los expositores que gentilmente nos han per-

mitido publicar sus ponencias, sometemos a juicio de nuestros lectores el volumen 53 de la *Biblioteca de Arbitraje*.

Lima, mayo 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 BIENVENIDA AL QUINTO CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE CUSCO, 30 DE MARZO 2017

*Juan Ramón Balcells Olivero**

Autoridades, magistrados, organizadores, ponentes, colegas, asistentes y amigos. Y confío no haberme olvidado de nadie.

Quiero iniciar mi exposición, como no podía ser menos, agradeciendo a los organizadores la oportunidad de participar en este Congreso internacional que se encuentra ya en su quinta edición. Tengo el orgullo, desde que estoy en el Perú, de haber podido participar en las tres últimas ediciones y para mí es siempre, además de una responsabilidad, un placer; una oportunidad única de regresar a esta maravillosa ciudad y, mucho más importante, la ocasión de escuchar y reencontrarme de nuevo con muchos de los mejores especialistas del arbitraje y la mediación en este país.

Cees Notheboom, el conocido escritor holandés dijo una vez algo así como que *«no puedo imaginarme el día que no pueda hacer cosas como éstas, sé que este día llegará pero todavía no y esto último pienso mantenerlo durante mucho tiempo»*. También yo pienso hacerlo y creo que todos los que participamos en las distintas ediciones de este Congreso Internacional deberíamos aspirar a hacer nuestras estas palabras y a asegurar, como estoy seguro ocurre con los organizadores, a que lo que hoy es la quinta edición se convierta en la sexta, séptima y en adelante.

* Secretario General de Telefónica del Perú.

Debería ser posible, puesto que hay que reconocer que existen pocos eventos como éste en los que se pueda encontrar una combinación —tan valiosa— de alegría, acierto, pasión, cordialidad, implicación, rigurosidad académica y experiencia práctica. No es poca cosa, más bien al contrario, y con el aporte de todos, no me cabe duda de que también este año esa combinación será igualmente la predominante.

No podía ser de otra manera, puesto que los temas que se verán en este congreso abarcan gran parte de la actividad arbitral, sin olvidar también la referencia a los otros caminos de resolución de conflictos, tales como la mediación y la conciliación a los que, afortunadamente, se les ha otorgado un merecido espacio.

Es verdad que muchos de los temas que se presentarán en estos días han sido ya objeto de múltiples análisis y de diversas ponencias, sin que por ello hayan perdido un ápice de su actualidad. Ése es justamente su reto: otorgar a los temas que deben tratarse en este Congreso una visión nueva y en consonancia a los nuevos tiempos.

Es evidente que los temas derivados del arbitraje, aun expresados en términos similares, no se agotan ni en uno ni en un millar de congresos. Tanto el arbitraje como los demás mecanismos de resolución de conflictos, sea la mediación o la conciliación, son, y en esa condición deben ser tratados, una materia viva que va modificándose con el tiempo, creciendo y adaptándose continuamente a las necesidades de la sociedad, en la que estos conflictos se generan o se encuentran presentes. De hecho, justamente es ésta su mayor razón o justificación para ser tratados, siempre con la exigencia de una nueva visión o con nuevas perspectivas, en este congreso.

Así, aunque en algunos casos los títulos de las ponencias pueden parecer similares de un congreso a otro, no ocurre lo mismo con el material con el que se llenan de contenido. Las situaciones, las cuestiones trascendentes y las oportunidades se modifican constantemente en

función de la experiencia de cada uno y del saber colectivo, ese «*bagaje común de conocimientos*» a que se refería un célebre historiador del arte Ernest Gombrich.

De esta forma, estos días son la mejor oportunidad de volver a poner a prueba nuestro conocimiento, de renovar nuestras asunciones y enfrentar nuestra experiencia con la de los demás. De eso, depende en gran medida el éxito de este congreso y de sus ediciones posteriores.

No obstante, convencidos ya de su futuro, debemos ahora enfocarnos en este quinto congreso y lo que éste pueda dar de sí. Y con el convencimiento de que muchos de los temas que se tratarán en estos dos días no pueden estar de mayor actualidad, es sobre todo a la resolución de los conflictos en general a lo que me gustaría referirme en estos momentos, más que por su actualidad, que como he dicho, me parece que nadie discute, sobre todo por su necesidad; referirme a esa visión de urgencia que nuestro tiempo reclama para afrontar de la mejor manera posible, los nuevos conflictos a los que se enfrenta la sociedad contemporánea.

Nunca como ahora. Nos encontramos viviendo en el vértice de un mundo que está cambiando aceleradamente, como tantas veces ha ocurrido a lo largo de la historia. Ante un mundo tan lleno de turbulencias como el que estamos viviendo; ante un cambio de paradigma al que venimos enfrentándonos en estos últimos años, la mejora en los mecanismos de resolución de conflictos (y hablo en genérico con la intención de abarcarlos todos), se nos aparece no sólo necesario sino también urgente. Tengámoslo siempre presente, no sea que nos ocurra como a Leibniz, del que decía Jean Guittton que «*no se podía decir que sus proyectos políticos o religiosos no fueran prudentes, perspicaces o incluso posibles, pero les faltaba el carácter de necesidad que hace que las cosas ocurran*».

Ahora más que nunca debemos darle a nuestro ámbito de actuación el carácter de necesidad. Estamos viviendo una época de cambios

y las señales de esos cambios se muestran, sobre todo, con la presencia, la amenaza quizás, de grandes conflictos y por eso, no puede ser más acertado este congreso, pues cualquier iniciativa dedicada a profundizar sobre sus mecanismos de resolución es hoy más relevante que nunca.

Las señales son más que evidentes, hablamos constantemente de ellas y están presentes en nuestro quehacer diario, pero curiosamente no parece que las estemos viendo. Algo parecido ocurrió hace algo más de una centuria en los años previos al primer gran conflicto bélico del siglo xx.

También en esos años los indicios de que se había cruzado una senda generadora de un conflicto que iba a cambiar el mundo en su totalidad no fueron tomadas en serio o, tal vez, no se interpretaron acertadamente hasta que ya fue demasiado tarde. Se han dicho muchas cosas sobre la Primera Guerra Mundial, pero entre las más recurrentes, que esta fue, por encima de todo, la consecuencia de una mala gestión en la resolución de un conflicto y qué en ese entonces fallaron todos los mecanismos políticos, legales o institucionales que existían para solucionarlo.

En su voluminosa obra sobre la guerra de 1914, *«Sonámbulos»*, Christopher Clark analiza las causas que empujaron a Europa a la mayor destrucción hasta entonces conocida. Si bien reconoce que la estructura extraordinariamente complicada de esta crisis es uno de sus rasgos característicos (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurrió con la crisis de los misiles cubanos, en la que en comparación con el conflicto bélico en que participaron todas las grandes potencias, en este caso sólo participaron dos protagonistas principales —EEUU y la Unión Soviética— además de una serie de representantes y actores secundarios), las señales de que los Estados europeos estaban siendo empujados a situaciones de extrema conflictividad, se nos aparecen tan evidentes hoy como desapercibidas en su momento.

No en vano hasta prácticamente el inicio del enfrentamiento bélico, no se veía probable un conflicto anglo-alemán, puesto que ninguna de las dos potencias estaba en condiciones de hacer un «*daño vital*» a la otra. En palabras de uno de sus protagonistas, era «*difícil ver cómo podría presentarse semejante conflicto*». También sólo unos meses antes de que estallara el conflicto en toda su crudeza, escribía un alto funcionario del Foreign Office que «*no había visto unas aguas tan tranquilas*».

Tal vez fuera así y las aguas estuvieran tranquilas, pero en ese caso lo que sorprende es la rapidez con que cambiaron las circunstancias. También en Perú sabemos con qué rapidez se activan los huaycos. Hubo alarmas y avisos en Europa, pero nunca una señal de que no podría solucionarse como había ocurrido tantas otras veces. Quizás esa confianza en su fácil resolución haya sido su mayor dificultad.

De acuerdo con el autor citado, existe abundante literatura (alrededor de casi 25,000 libros y artículos se habían contabilizado hace dos décadas, hoy este número posiblemente se haya casi doblado) de cómo fue gestándose el conflicto y, de lo que es más importante, de cómo entonces fallaron todos los instrumentos de resolución de conflictos en las relaciones internacionales, como la disuasión, la distensión, la inadvertencia, el equilibrio de poderes, la negociación o el seguidismo; y, si bien ese debate tiene ya más de cien años, no hay ninguna razón para pensar que hoy haya perdido algo de su vigencia. Fue esa mezcla de ambigüedad, fortaleza en el presente, confianza en la capacidad de los mecanismos tradicionales y vulnerabilidad a largo plazo, lo que marcó la gestión de la crisis que estalló con el asesinato en Sarajevo del archiduque heredero de Austria Francisco Fernando y su esposa.

También hoy un siglo después, nos encontramos en un momento crucial de la historia, y es un riesgo, pero también una oportunidad, en especial para los que han hecho de su profesión, o su vocación, la resolución de conflictos a cualquier escala.

El mundo en el que vivimos nos está enfrentado en estos últimos pocos años a situaciones hasta entonces desconocidas, tales como el cambio climático (y no hace falta irse muy lejos, pues Perú lo está sufriendo en primera persona, y con resultados catastróficos desde hace unas semanas), la guerra en los países árabes y el recrudecimiento del terrorismo islámico; la crisis energética y la búsqueda de nuevos recursos, la creciente desigualdad social y económica, las corrientes migratorias, la vuelta del totalitarismo, al populismo y de los movimientos de extrema derecha o izquierda, el imperio de las redes sociales; el desprestigio de la democracia y la política tradicionales; el uso abusivo del derecho de interpretar la supuesta voluntad del pueblo; la pérdida de prestigio de instituciones tan solventes como la Unión Europea (cuyo papel ha sido fundamental para la estabilidad europea desde su fundación hace ahora sesenta años); la penetración de la corrupción a todos los niveles, capaz de desestabilizar toda una región; la existencia de una economía tan globalizada que el surgimiento de la crisis ha afectado, con mayor o menor gravedad, a la estabilidad de todo el planeta.

Las señales son evidentes y están ahí, y si alguna lección puede ofrecernos el desarrollo de los acontecimientos previos a la primera gran guerra, es que estas señales deben ser escuchadas y, en la medida de lo posible, correctamente interpretadas y gestionadas. Los estudios modernos nos dicen que la guerra podía haberse evitado con una gestión correcta del conflicto y de los miedos e intereses de todos sus actores.

Si alguna lección nos enseña lo que ocurrió en 1914 y lo que ahora está ocurriendo, es que los mecanismos de resolución de conflictos, tanto a nivel internacional como, aunque más modestamente también a nuestro nivel, deben ser reinterpretados y analizados de nuevo, con una visión amplia que permita incluir nuevas y variadas perspectivas. Que éstos hayan podido funcionar en su forma tradicional hasta ahora, no implica que siga siendo así.

También hasta 1908, la cooperación, la moderación y la delimitación de esferas de influencia informales aseguraban la contención de los peligros que el desarrollo de los acontecimientos políticos llevaba implícitos. A partir de esa fecha y hasta el inicio, o mejor dicho hasta el final del conflicto armado y el surgimiento de la Revolución Rusa, las reglas del juego cambiaron radicalmente (y no porque las señales no estuvieran bien a la vista), modificando lo que se llamó más tarde el «tablero de ajedrez», sin que los principales actores llegaran a ser capaces de reconducir los acontecimientos y más importante todavía, gestionar la resolución del conflicto en la forma que tradicionalmente se venía haciendo.

Sin embargo, no siempre había sido así. Desde 1870, más o menos, con la unificación de los dos últimos grandes estados europeos, Italia y Alemania, Europa se había visto enfrentada a múltiples crisis que fueron, estas sí, en mayor o menor medida, resueltas mediante los mecanismos jurídicos y diplomáticos tradicionales. Fue a partir de la primera década de siglo, cuando estos mecanismos dejaron de funcionar y la falta de recambios o de nuevas perspectivas empujó a las grandes potencias del momento a una crisis hasta entonces nunca vista.

No sólo la nueva complejidad de los temas a los que se enfrentaban los que habían actuado hasta el momento como árbitros, mediadores o conciliadores internacionalmente reconocidos, sino también las visiones contradictorias de los mismos actores y testigos justifican esta pérdida de visión y de errónea interpretación de los principales actores.

En este sentido, y a modo de ejemplo de las contradicciones y errática visión, Wickham Steed, corresponsal y luego Director del Times, comentaba que después de diez años de *«observación constante y experiencia no había sido capaz de apreciar un motivo suficiente por el que la monarquía de los Habsburgo no debiera conservar su lugar legítimo en la comunidad europea. Sus crisis internas son muchas veces crisis de crecimiento más que crisis de decadencia»*. Sin embargo, años más tarde escribiría

que cuando abandonó el Imperio Austrohúngaro en 1913 *«tuve la sensación de escapar de un edificio que tenía los días contados»*.

Por otro lado, el húngaro Oscar Jászi comentó que la *«guerra mundial no fue la causa, sólo la liquidación final del odio profundo y la desconfianza de las diversas naciones»*, lo que no fue impedimento para que algo más tarde también escribiera que en la monarquía de los Habsburgo *«la seguridad jurídica se encontraba dentro de lo tolerable, las libertades individuales se reconocían cada vez más; los derechos políticos se ampliaban constantemente, aumentaba el respeto al principio de autonomía nacional. La libre circulación de personas y bienes extendía sus beneficios hasta los confines de la monarquía.»*

Los ejemplos serían múltiples, pero no quería dejar de recordar a Claudio Magris y su célebre libro *«El Danubio»* que descubrió a una gran parte de los europeos, y con gran sorpresa, no hace tanto tiempo, no sólo las bondades sino la propia existencia de la Mitteleuropa.

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta ahora, los grandes actores del mundo en que vivimos han demostrado una gran capacidad para resolver de forma satisfactoria los mayores conflictos en los que nos hemos visto envueltos. No han sido años fáciles: desde la guerra fría y la mencionada crisis de los misiles o la existencia de dos Alemanias, hasta la caída de las dictaduras en los países del sur de Europa como Portugal, la Grecia de los coroneles o la transición en España. Hemos vivido el desmoronamiento del Imperio soviético y la caída del muro de Berlín.

También los países latinoamericanos no han estado exentos de conflictos, pero han sabido resolver sus crisis internas con la llegada de la democracia (por muy frágil que ésta nos pueda parecer) frente a las dictaduras militares de los últimos años del siglo pasado, el periodo de crecimiento económico o la derrota de los grupos terroristas que asolaron países como Colombia o el propio Perú.

A pesar de que las cicatrices se encuentren aún a la vista en algunos territorios, es evidente que nuestro mundo ha sabido encontrar los caminos correctos y levantar los puentes oportunos, todos ellos contruidos de forma suficientemente sólida para que hayan podido superarse cada uno de estos conflictos. Muchos de los que hoy estamos aquí hemos vivido alguno de ellos y es posible que incluso hayamos aportado algo de nuestro conocimiento y experiencia en su resolución. No estoy hablando necesariamente de los grandes conflictos mundiales, me refiero a nuestro día a día, a nuestro entorno tanto personal como profesional, pues no hay conflicto pequeño y en la medida de que hoy estamos aquí, demuestra, más que mil palabras, nuestro compromiso en la mejora de los mecanismos de resolución de conflictos. Sean individuales o colectivos, privados o públicos, nacionales o internacionales.

Enfrentarnos a lo que tiene que venir, y contribuir a su resolución es nuestro reto y a la vez, nuestra implicación con los tiempos en que nos ha tocado vivir.

Sin duda no es una fácil tarea, y a ello me he querido referir con mis palabras, aunque quizás con mayor extensión de la debida, pero nada indica que no seamos capaces de hacerlo en estos momentos, por muy graves o complejos que puedan parecernos —que lo son— los conflictos a los que nuestro mundo se enfrenta. En este sentido y como concluía acertadamente Clark en la obra que he venido citando de alguna manera, *«Los hombres de 1914 son contemporáneos nuestros»*.

Pero como también dice el autor, las diferencias son tan significativas como los elementos en común. Nosotros estamos en una mejor posición, las herramientas de resolución de conflictos se han mostrado, en general muy eficaces, sólo hay que adaptarlas a los retos de este nuevo siglo, pulirlas o afilarlas y descubrir nuevas utilidades y eso sólo ocurrirá si mantenemos nuestra mente abierta, si estamos dispuestos a criticar, en el sentido amplio de la palabra, que no es más que análisis en profundidad y rigurosidad de las cosas, lo que hemos hecho y cómo lo hemos

hecho. Los conflictos no son estáticos y, por consiguiente, tampoco sus mecanismos de resolución.

En parte es la razón por la que estamos aquí y a esta voluntad me encomiendo. Estoy convencido de que cada uno de nosotros, a nuestro nivel, participaremos de ese deseo y de esta esperanza. No es poca cosa, el reto es enorme, y no se nos esconde que una parte importante del éxito de nuestro futuro depende de esto, las señales son muy visibles y no podemos permitir que cien años más tarde se diga que, teniendo toda la capacidad, no supimos no ya ver sino resolver los conflictos a los que nos enfrentábamos, y puestos a intentarlo, hoy, aquí, en esta ciudad considerada el ombligo del mundo, ¿existe un lugar mejor para ello?

Seguro que no. En esa difícil tarea, a todos, mucha suerte y muchas gracias.

LA FALTA DE REGULACIÓN DEL LUGAR DE LA SEDE EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO

*Karina Zambrano Blanco**

En la presente ponencia, voy a demostrar la importancia de que la normativa de contrataciones con el Estado regule el lugar de la sede en el convenio arbitral.

El art. 40 inc) b de la Ley de Contrataciones (D. Leg. n.º 1071) establece que toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establece el reglamento.

Se entiende por Bases, al documento que contiene el conjunto de reglas formuladas por la entidad convocante, donde se especifica el objeto del proceso, las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato y los derechos y obligaciones de los participantes, postores y del futuro contratista y, lo más importante, la solución de controversias, en el marco de la Ley y Reglamento Vigentes.

* Abogada por la Universidad San Antonio Abad del Cusco, con estudios de maestría en política jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y del doctorado en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es especialista en Gestión Pública y Control por la Universidad ESAN, con estudios en el Centro de Altos Estudios Nacionales-CAEN, conciliadora extrajudicial, capacitadora del Minjus, árbitro con más de quince años de experiencia.

El art. 216 del Reglamento de la Ley de Contrataciones D.L. n.º 1017, trata sobre el convenio arbitral y refiere «En el convenio arbitral, las partes pueden encomendar la organización y administración del arbitraje, a una institución arbitral, a cuyo efecto el correspondiente convenio arbitral tipo puede ser incorporado al contrato. El OSCE publicará en su portal institucional una relación de convenios arbitrales tipo aprobados periódicamente. Si en el convenio arbitral, incluido en el contrato, no se precisa que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá mediante un arbitraje *ad-hoc*, El arbitraje *ad hoc*, será regulado por las directivas sobre la materia que para el efecto emita OSCE».

En caso el convenio arbitral establezca que el arbitraje es institucional y no se haga referencia a una institución arbitral determinada, se aplicará lo dispuesto en el numeral 52.10 del art. 52 de la Ley; es decir, se regirá bajo la organización y administración del OSCE.

Si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema de Arbitraje OSCE: «Todos los conflictos, que deriven de la ejecución e interpretación, del presente contrato, incluso los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable, mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del estado, bajo la organización y administración, de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, y de acuerdo con su reglamento».

Cuando el convenio arbitral disponga que la organización y administración del arbitraje se encontrará a cargo del SNA-OSCE, se entenderá que las partes han aceptado sujetarse a las disposiciones de su reglamento y a las decisiones de sus órganos.

Asimismo, en caso el convenio arbitral señale que la organización y administración del arbitraje, estará a cargo de cualquiera de los órganos

funcionales del OSCE, se entenderá que dicho encargo le corresponde al SNA-OSCE.

De lo descrito líneas arriba se entiende que en caso las partes (entidad y contratista) en un contrato con el Estado, tienen la potestad de elegir, entre un arbitraje *ad-hoc* o institucional y, contrariamente, en el supuesto de que no se precise el tipo de arbitraje o no se incorpore el convenio arbitral o no se haga referencia a una institución o se refiera a cualquiera de los órganos funcionales de OSCE o del SNA, se entenderá institucional y administrado por el Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado - OSCE.

Acertadamente el OSCE, con este grupo de normas resuelve la disyuntiva del tipo de arbitraje al que se someterán las partes, en caso exista duda o vacío; sin embargo, orienta a todas las entidades del Estado peruano y a las partes a optar por el arbitraje con sede en la ciudad de Lima, toda vez que el Sistema Nacional de Arbitraje-SNA no se encuentra desconcentrado a nivel nacional, recortando el derecho de las partes de elegir la sede, que, por orden natural, tendría que ser el lugar donde se originó la controversia, donde se encuentran los bienes o donde se realizó el servicio o donde se ejecutó la obra o, finalmente, el domicilio de la entidad o de las partes.

El art. 20 en el inc. 1 de la Ley UNCITRAL¹, en cuanto al lugar del arbitraje, refiere «Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral, determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes».

Si bien el tribunal arbitral puede realizar diligencias en otros lugares, la sede, en el caso de arbitrajes referidos a contratos con el Estado, tiene trascendental importancia por dos aspectos; primero, porque el

¹ Ley modelo de la CNUDMI, sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006.

art. 227 del Reglamento de la Ley de Contrataciones D.L. n.º 1017, establece que salvo que las partes se hayan sometido a un arbitraje institucional, una vez que los árbitros hayan aceptado sus cargos, cualquiera de las partes deberá solicitar a OSCE, la instalación del árbitro único, del Tribunal arbitral, dentro de los cinco días siguientes a la aceptación de éstos, según corresponda; y, segundo, porque en el supuesto en que una de las partes, ya sea entidad o contratista, solicite la anulación del laudo de acuerdo al art. 64 de D. Leg. n.º 1071, el recurso de anulación se presentará directamente, ante la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje, dentro de los veinte días hábiles contados desde la notificación del laudo arbitral.

De la revisión de las bases, se advierte que, en su mayoría, las partes, entidad y contratista, optan en sus contratos, por obligatoriedad, por desconocimiento o por defecto, por la cláusula modelo de OSCE, que remite a un arbitraje institucional administrado por OSCE o por un arbitraje *ad-hoc*; y que, obligatoriamente al no colocar la sede, los obliga a tener como sede del arbitraje, la ciudad de Lima (toda vez que, como explicamos, el Sistema Nacional de Arbitraje - SNA, sólo opera en Lima), generando gastos inútiles por traslado de todos los funcionarios de las entidades del Perú (titular de la entidad, procurador, abogado, área usuaria y peritos) y de las partes (gerente, socios y abogados), entre otros.

Esta falta de regulación en cuanto al lugar de la sede, genera una situación de indefensión para las partes, la misma que se agrava cuando pretendan, por algún motivo, solicitar la anulación del laudo, pues tendrán que trasladarse, las partes, una vez más, a la capital del Perú.

En consecuencia, surge la inmediata necesidad de que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, regule el tema del lugar de la sede, tanto en normativa de contrataciones con el Estado, como en las bases, de tal manera que pueda orientar a las partes, para una mejor elección del lugar de la sede, en beneficio de sí mismas.

Mientras suceda ello, sugerimos a las partes que propongan la sede del lugar donde se encuentra el domicilio de la entidad o del contratista, del lugar donde se encuentra el bien o donde se prestará el servicio o se ejecutará la obra, e informarse —en caso de un arbitraje institucional— si el centro de arbitraje elegido, tiene oficinas en el lugar del domicilio de las partes o de alguna de ellas.

LUCES Y SOMBRAS DEL ARBITRAJE

*Huáscar Ezcurra Rivero**

El lado oscuro del arbitraje es algo de lo que se ha hablado mucho en nuestro país, en el año 2017, y en los últimos meses del año 2018. El lado oscuro se ha hecho visible, sobre todo, a propósito del caso *Lava Jato*, y árbitros corruptos que, según se denuncia, habrían recibido dinero a cambio de favorecer a una de las partes.

Me gustaría, sin embargo, poner en contexto el asunto. El arbitraje no es sólo oscuridad. Nada cercano a eso.

El crecimiento del arbitraje en el Perú desde los años noventa hasta la fecha, ha sido exponencial. Solamente observando el crecimiento del arbitraje institucional que reflejan los procedimientos tramitados ante la Cámara de Comercio de Lima, en los últimos diez años se ha dado un crecimiento de más del 300 por ciento.

La curva de crecimiento refleja la clara preferencia de los privados por un sistema de administración de justicia que ellos libremente pueden construir, definir y elegir. No cabe duda de que el arbitraje es atractivo para los hombres de negocio que buscan resolver sus diferencias.

¿En qué reside ese atractivo? ¿En qué reside esa belleza que genera atracción? La belleza del arbitraje reside en que los hombres de negocio que tienen diferencias que resolver, eligen a la autoridad a quien le confiarán tan importante decisión.

* Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra +. Artículo remitido en mayo del 2018.

Los hombres de negocio eligen a quienes consideran idóneos para la tarea de impartir justicia. Eligen a los mejores para la tarea. La mejor justicia posible.

Buscan a los más especializados, a los más independientes, a los que tendrán tiempo suficiente para dar una decisión justa, especializada y pronta a sus diferencias.

La belleza del arbitraje reside en eso, precisamente: en que las empresas eligen libremente la justicia que requieren. Y, finalmente, reciben la justicia que eligen.

Los hombres de negocio pueden, literalmente, elegir a los mejores árbitros del mundo para definir sus diferencias. De hecho, en el Perú está permitido que para arbitrajes domésticos se designen árbitros de cualquier parte del mundo. La belleza del arbitraje reside en esa libertad y esa posibilidad.

Eso explica el crecimiento del arbitraje en el Perú desde los noventa. La curva de crecimiento refleja la clara preferencia de los privados por un sistema de administración de justicia que ellos libremente pueden construir, definir y elegir.

Los hombres de negocio prefieren, claramente una *Justicia sin Estado*.

Para los hombres de negocio la justicia estatal no funciona. El Poder Judicial históricamente no atendió (y hoy de hecho no atiende) sus necesidades. Es lento, le falta de especialización y es corrupto.

Pero, como sabemos, y el caso *Lava Jato* así nos lo ha reflejado, la belleza del arbitraje no es todo lo que hay.

Esa belleza proyecta luces, pero esa luz también proyecta sombras.

La belleza del arbitraje tiene, qué duda cabe, también un lado oscuro.

Como en todo mercado, en el arbitraje hay productos y servicios muy buenos; pero también los hay muy malos. Los mercados también fallan y habrá que buscar soluciones de mercado a dichas fallas de mercado.

Motivado por estas reflexiones, pasaré ahora al ámbito de la propuesta y la acción. A continuación, comento un problema, y ofrezco una propuesta concreta para resolver los problemas que hoy aquejan al arbitraje y conforman este lado oscuro, que pone en riesgo su belleza.

Como sabemos, ser árbitro y ser hinch a al mismo tiempo, no es posible. No es posible, pues un hinch a no es imparcial. No tiene por qué serlo. Al contrario, el hinch a lo da todo por su equipo. El árbitro, en cambio, debe ser imparcial. Su imparcialidad es la garantía de una decisión justa de la disputa. Por eso, un árbitro no puede ser hinch a.

En nuestro país, sin embargo, es frecuente que la misma empresa que acude al proceso arbitral para resolver sus diferencias con otra empresa (o el Estado), designe repetidas veces, año a año, a los mismos árbitros. Las designaciones repetidas de árbitros son un mal popular que afecta la capacidad del sistema arbitral de constituirse en un medio transparente e imparcial de resolución de conflictos. Una reciente investigación de IDL reporteros colgada en su web, sobre el caso Lava Jato, y los arbitrajes de Odebrecht, se refiere a un caso con casi una veintena de designaciones del mismo árbitro.

Los invito también a revisar en la web del Osce. Allí observarán que existen casos de cuestionamientos de árbitros por la misma razón de designaciones repetidas. Casos de árbitros designados más de diez veces por la misma empresa (o por el mismo estudio de abogados) son muy

frecuentes. Hasta he escuchado casos de árbitros designados más de 70 veces. Sí, setenta. Leyó bien.

¿Podría uno sentirse tranquilo de que habrá imparcialidad, si el mismo árbitro fue designado tantas veces y durante tantos años consecutivos por la misma empresa o por los mismos abogados? No existe garantía de imparcialidad cuando el mismo árbitro se benefició tantas veces con designaciones repetidas. Cuando eso ocurre, el árbitro no puede considerarse imparcial. El riesgo de las designaciones repetidas es que el árbitro se convierta en hincha del equipo que lo designó y hasta se anime a ser «jugador». Ese riesgo, en abstracto, basta y sobra para que la situación se regule. No cabe duda de que las designaciones repetidas no favorecen lograr un sistema de resolución de conflictos justo e imparcial, blindado contra el virus de la corrupción. Todo lo contrario.

Lamentablemente la cultura del árbitro hincha con vocación de «jugador» está muy difundida. El problema es grave. Sobre todo si se considera que el arbitraje es la alternativa justa e imparcial para la resolución de conflictos, ante un Poder Judicial afectado estructural e históricamente por la corrupción.

¿Cómo resolvemos el problema? Las Reglas de la IBA sobre conflictos de intereses, que contienen las mejores prácticas internacionales en esta materia, disponen que más de dos designaciones por la misma empresa en un periodo de tres años deben revelarse. Igualmente deben revelarse más de tres designaciones por el mismo estudio de abogados. Dichas circunstancias, según el caso, podrían dar lugar a una recusación válida del árbitro. Son reglas aun poco utilizadas. No obstante, ya comienzan a mejorar nuestra práctica. Incluso la Cámara de Comercio Internacional de París, el referente más importante del mundo en arbitraje internacional, ha comenzado a publicar en su página web los nombres de los árbitros que conforman tribunales arbitrales. Esa información ya está disponible en línea, y constituye un importante avance.

En nuestro país, sin embargo, no sabemos los nombres de las personas que conforman los Tribunales Arbitrales. La información existe. Sería facilísimo organizarla y publicitarla. La tienen los centros arbitrales como el de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), AmCham y la PUCP. Sin embargo, no la publican. La razón es la confidencialidad del arbitraje. El resultado es que la confidencialidad favorece las designaciones repetidas y los árbitros hinchas (y «jugadores») se consolidan. Renegamos de la corrupción del Poder Judicial, pero no damos garantías mínimas de transparencia en el mercado arbitral.

Para acabar con la cultura de los árbitros hinchas, los centros arbitrales de la CCL, AmCham y PUCP deberían publicar la conformación de los Tribunales Arbitrales. Incluso podría considerarse una disposición en el reglamento arbitral por la que las partes autoricen que se publique el nombre de la empresa y los árbitros que ésta ha designado. Podrían igualmente publicarse las resoluciones que resuelven recusaciones de árbitros. Así conoceríamos a los más hinchas y «jugadores».

Por otro lado, en la era digital es posible, a bajo costo, tener información sobre la oferta de árbitros disponible y la calidad del servicio que brindan. De hecho, hoy sabemos de la oferta disponible y la calidad de su servicio solamente de modo informal, a través de nuestros amigos abogados que ya pasaron por la experiencia, o a través de nuestra propia experiencia. Imaginen una aplicación (llamémosla *Arbitror Advisor*) que permita que cada persona que vive la experiencia de un arbitraje, luego de la experiencia, califica con entre una a cinco estrellas el servicio recibido. Para dicha calificación se consideraría, por ejemplo, el tiempo que duró el proceso, el manejo de la audiencia de pruebas o de informes orales, el trato recibido, así como la calidad de la decisión. Como con *Uber*, o *Trip Advisor*, la aplicación es muy simple. Termina el arbitraje, ingreso a la aplicación y marco entre una o cinco estrellas calificando a la autoridad que decidió.

Los árbitros cambiarían su conducta radicalmente en beneficio de los ciudadanos, pues cada ciudadano tendrá el poder de calificar el servicio que recibe. Habría mayor competencia y *accountability*. Les aseguro que la oferta local de árbitros mejoraría. Los árbitros estudiarían la evidencia del caso; se mantendrían despiertos y atentos durante las audiencias; estarían sinceramente interesados en entender la posición y evidencia de cada parte; se cuidarían de escribir muy claro y preciso cada decisión que emiten; las sustentarían con cuidado.

De hecho, los invito a revisar la página web de *Arbitrator Intelligence*, que es una ONG fundada por la profesora Catherine Rogers, que justamente viene trabajando en una encuesta que apunta precisamente en el sentido sugerido, de lograr, a través de encuestas respondidas por usuarios del sistema arbitral (de todo el mundo) generar mayor información, mayor transparencia, mayor inclusión y mayor competencia en el mercado arbitral internacional. La profesora Catherine Rogers y Christopher Drahozal, ambos de *Arbitrator Intelligence* ya han firmado convenios con varias instituciones arbitrales a las que se les brinda acceso al sistema, la encuesta, y la información que se genera. ¿Se imaginan el impacto que este sistema tendría en nuestro sistema arbitral? El impacto sería poderosísimo.

Cambiar prácticas que favorecen la corrupción es en este caso, principalmente, una tarea de la sociedad civil; y, como dijo el Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Louis Brandeis, refiriéndose a la necesidad de mayor transparencia como antídoto frente a la corrupción, no cabe duda de que «*La luz del sol es el mejor de los desinfectantes*».

Finalmente, como dijo Albert Einstein, «*La vida es muy peligrosa, no por las personas que hacen el mal. Sino por las que se sientan a ver lo que pasa*». Los invito a que dejemos la comodidad de permanecer sentados cómodamente viendo lo que pasa y lamentándonos por los casos de corrupción que ha reflejado el caso *Lava Jato*. La sociedad civil, así como las instituciones arbitrales (que forman parte de ella) tenemos un

rol fundamental en la tarea de combatir de forma efectiva las críticas de falta de transparencia, malas prácticas y corrupción, que hoy se hacen contra el arbitraje. No me cabe la menor duda de que la única reforma de administración de justicia, efectiva, de los últimos casi treinta años, ha sido haber introducido en nuestro país la justicia arbitral (una justicia sin estado), y haber logrado que ella se perfeccione, crezca y se consolide. El sistema arbitral es el sistema que ofrece hoy en nuestro país la mejor forma de justicia posible. Y para consolidarlo, requerimos unir fuerzas entre sociedad civil e instituciones arbitrales, a fin de continuar con su proceso de consolidación y evitar que el lado oscuro nos haga retroceder en lo avanzado.

LOS SIETE PECADOS CAPITALES DE UN ORADOR EN ARBITRAJE

*Renzo Seminario Córdova**

Buenas tardes a todos los presentes. Previo agradecimiento a los organizadores, me han pedido tratar en esta ponencia un tema bastante práctico, que estoy seguro a todos los abogados que litigamos nos será de mucha utilidad.

Voy a hablar de lo que en adelante mencionaré como «los siete pecados capitales de un orador», que, en estricto, son, desde mi punto de vista, los siete errores más frecuentes que, como oradores, cometemos cuando vamos a afrontar un caso frente a un tribunal.

Probablemente, lo primero en que pensamos cuando escuchamos la palabra «pecado» es en Adán y Eva y la historia del pecado original donde el hombre se acercó a la muerte y conoció, por primera vez, el sentimiento de culpa al morder la manzana prohibida, al cruzar el límite de lo permitido.

De esta manera, si revisamos la Biblia, que como sabemos, es el más vendido de la historia, encontraremos diversas definiciones de lo que se entiende por pecado, definiciones que en el fondo asocian el pecado a

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y LL.M. *Candidate* en Georgetown University (2018), Washington D.C. Asociado Senior del Estudio Campos / Abogados en Infraestructura. Profesor en cursos de arbitraje y derecho de la construcción en pre y posgrado.

El expositor agradece la participación de su colega Rodrigo Delgado Arce, abogado por la Universidad de Lima y miembro de la misma firma, por su colaboración en la preparación de la presentación y la redacción del presente documento.

un comportamiento del ser humano que transgrede el principio moral de justicia y, como consecuencia de ello, supone «*la transgresión de la ley de Dios*» (Juan 3:4).

Lo importante en este punto, más allá del origen religioso del concepto de pecado, es tener en cuenta que cuando nos referimos a un pecado nos encontramos en un escenario en el que transgredimos el límite de lo permitido o de lo que considera «correcto». Este es el punto que nos interesa abordar en esta ponencia.

A tales efectos, vamos a asimilar los errores que suele cometer un orador con los pecados más conocidos, que son los llamados «siete pecados capitales», aquéllos que grafican de mejor forma lo que es el exceso.

Mucho se ha discutido sobre cuáles son los llamados «siete pecados capitales»; pero, finalmente, vamos a quedarnos con los siguientes: (i) soberbia, (ii) avaricia, (iii) gula, (iv) lujuria, (v) pereza, (vi) envidia e (vii) ira.

Cuando en la firma de la cual soy miembro nos dimos cuenta de lo común que era cometer estos errores para un orador, tuvimos la idea de enseñarle a los estudiantes cómo mejorar sus habilidades de oratoria y, para ello, creímos que no había mejor forma para hacerlo que en un contexto muy similar al que se van a enfrentar cuando sean profesionales.

Así, se nos ocurrió la idea de crear una competencia de arbitraje para estudiantes, en la cual los equipos de cada universidad debían hacer las veces de demandantes o demandados en un caso simulado, pero basado en hechos reales, y frente a tribunales conformados por árbitros, quienes formularían preguntas con el mismo rigor que en un caso real.

Esta competencia la llamamos «Atipanakuy»¹, que en quechua evoca un enfrentamiento entre danzantes de tijeras, en donde cada parti-

¹ Más información en: www.atipanakuy.com.

cipante, alternadamente, muestra sus mejores acrobacias y pasos, para que, finalmente, un jurado escoja al ganador.

Como en el enfrentamiento entre los danzantes de tijeras, los estudiantes, en la competencia, debían plantear creativamente su posición de caso, utilizando toda herramienta que les permita captar la atención del tribunal. Asimismo, debían adaptarse a los escenarios cambiantes que se presentaban en cada audiencia, mostrando solvencia y un correcto manejo de la oratoria para convencer al tribunal.

Esta simulación, con un nivel de exigencia más alto del que usualmente vive un estudiante en la universidad, considero, que les permitió darse cuenta de qué aspectos debían mejorar y cuáles eran sus fortalezas para afrontar un caso.

El punto clave en esta competencia era persuadir y convencer, pero sin atacar a la otra parte, porque si les atacaba, caíamos en lo que aquí estamos denominando los «siete pecados capitales».

Ahora bien, como todos los pecados, éstos pueden generarse por comisión u omisión. Los errores que puede cometer un orador, por tanto, no son ajenos a ello y, de acuerdo con lo que comentaremos, un orador se podrá equivocar cuando realiza una acción que excede lo permitido o correcto o cuando, debiendo informar determinados hechos al tribunal, omite hacerlo.

Dicho esto, revisemos a continuación los mencionados «pecados capitales» y comparémoslos con los errores que muchas veces cometemos los oradores.

Debe quedar claro que esta presentación no pretende ser un análisis jurídico de técnicas de litigación oral. Lo que pretende esta presentación es ofrecer, desde un punto de vista eminentemente práctico y utilizan-

do una analogía, ejemplos de los errores más comunes que cometemos cuando litigamos en arbitraje.

(I) LA SOBERBIA

En oportunidades, cuando somos conscientes de que tenemos una virtud o cuando tuvimos éxito en determinada ocasión, creemos que siempre será así y empezamos a escalar sin tomar en cuenta el riesgo de la caída.

Una conducta como ésta puede ser el obstáculo que impida que el tribunal despierte empatía con nuestra posición sobre el caso. A nadie le cae bien alguien arrogante.

Hemos comenzado a describir los principales errores de un orador hablando de la soberbia, pues creemos que es un error bastante común, más aún, entre abogados. Todos nos hemos encontrado en circunstancias en las que involuntariamente hemos sido soberbios o hemos visto cómo otro lo es.

Podría decirse entonces que la soberbia supone el envanecimiento de nuestros atributos o cualidades personales respecto de quienes nos rodean.

De este modo, cuando somos soberbios nos creemos superiores y suponemos que no habrá alguien mejor preparado que nosotros. Este clásico error puede traernos serias consecuencias.

Un claro ejemplo de una actitud soberbia en un orador es cuando éste se burla de lo supuestamente ilógico que serían los argumentos expuestos por la contraparte o, incluso, trata de ridiculizar a la otra persona.

Así, en determinadas ocasiones, interrumpimos la exposición del otro para burlarnos de lo que manifiesta o esperamos que sea nuestro turno para pronunciarnos al respecto y, cuando este llega, en vez de rebatir los argumentos de nuestra contraparte, intentamos mostrarlos como sin sentido, fuera de lugar o muy simples. El ridiculizar al otro, terminará dejando peor a uno mismo.

Otro ejemplo, que es bastante común, es utilizar el celular, la computadora u otro dispositivo análogo, mientras el otro está hablando.

A veces sin intención y, otras, con el claro afán de exponer desinterés por lo que el otro habla. Luego de nuestro turno, nos dedicamos a revisar el celular, en lugar de prestar atención a la intervención de la contraparte.

De esta manera, resulta fundamental distinguir la virtud de mostrarse seguro y confiado, ante la obtención de un resultado positivo, cualidad que todo orador anhela conseguir, versus la actitud de comportarse como un soberbio y creer que se ganó la guerra sin haber peleado.

El que es soberbio tiende a nublarse y perder el foco de atención. Por más experiencia y logros que tenga, si actúa con soberbia, lo más probable es que en algún momento deje de advertir las reales falencias de la argumentación del contrario o cómo responder ante un ataque o contraargumento.

Precisamente, sobre lo peligroso que es ser soberbio, Fernando Savater² indica lo siguiente:

«En definitiva, la soberbia es debilidad y la humildad es fuerza. Porque al humilde le apoya todo el mundo, mientras que el soberbio está completamente solo, desfondado por su nada. Puede ser inteli-

² SAVATER, Fernando. *Los siete pecados capitales*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 2005, p. 45.

gente, pero no sabio; puede ser astuto, diabólicamente astuto quizá, pero siempre dejará tras sus fechorías cabos sueltos por los que se le podrá identificar».

Ahora bien, este error no lo comete un orador sólo frente a su contraparte, sino también puede hacerlo en contra del mismo tribunal o de otros actores que intervienen en el proceso, como, por ejemplo, los peritos o testigos.

En ocasiones, algunos abogados podemos tomar una pregunta del tribunal arbitral como muy sencilla o ajena al tema central de discusión y mostrar un mal gesto o responder de manera irrespetuosa o cortante.

La valoración que podamos hacer sobre una pregunta que nos formule un tribunal arbitral, más allá de lo que pensemos, no puede perjudicar a nuestro cliente. Es fundamental mostrar respeto y seriedad ante las preguntas que formule el tribunal.

Una situación similar, en la que en ocasiones actuamos con soberbia, es cuando interrogamos a un testigo u observamos la pericia de un especialista. Lamentablemente, suele ocurrir que los abogados creemos que conocemos que quien tenemos al frente es menos que nosotros, lo que, en definitiva, es un grave error.

El ser punzantes con las preguntas e intentar obtener una declaración a favor de la posición de nuestro cliente, no nos puede llevar a perder los papeles y olvidar las formas.

Finalmente, existen oportunidades en donde incluso somos soberbios con nuestro propio cliente. Si como parte de nuestra participación en una audiencia, nuestro cliente nos formula una precisión o sugiere una pregunta para la contraparte, sin importar su relevancia o no, debemos demostrar que nos interesa y aceptar de buena forma la recomendación o, en todo caso, explicarle porqué no es conveniente hacerla.

La mejor forma de evitar caer en este «pecado capital» es procurar tratar con respeto a todos los que finalmente participamos en un arbitraje. No debemos olvidar que todos en algún momento cometimos errores, nos pusimos nerviosos o no elaboramos correctamente nuestra argumentación. Finalmente, nadie «nace sabiendo».

Mostrar respeto y sencillez siempre será una de nuestras mejores armas.

(II) LA AVARICIA

La avaricia es aquel deseo de atesorar lujos y riquezas materiales, sin pensar compartirlas con el resto. Al avaro no le importa obtener algo en particular, sino solamente ser más rico, sin importar los medios para lograrlo.

En el caso del orador, podríamos traducir la avaricia como la predisposición de obtenerlo todo, de ganarlo todo, sin importar mentir en nuestra exposición, el manifestar argumentos en base a hechos que son falsos o que no ocurrieron como los narramos.

Siempre será mejor ser honesto y, en función a las fortalezas y debilidades de nuestra posición, diseñar una estrategia creativa y convincente, que inventar hechos o actos en la búsqueda de ganar a toda costa.

No debemos olvidar que, con mayor razón, al ser abogados, el ejercicio de nuestra profesión nos exige, más allá de la expectativa del cliente de ganar el caso, actuar diciendo la verdad.

Por consiguiente, mentir en la búsqueda de obtener la mejor exposición o estrategia del caso no es el camino correcto, sobre todo porque el riesgo de que la mentira se descubra es alto y, una vez que esto pase, el tribunal no creerá nada de lo que hayamos comentado.

Algunos ejemplos de avaricia los encontramos cuando manifestamos que nuestra contraparte afirmó algo, que en realidad nunca dijo, o se negó a determinada situación y no fue así, todo con la finalidad de ganar.

De la misma manera, «pecamos» cuando sustentamos nuestra exposición en un documento que no existe o, si es que existe, su contenido no enuncia lo que afirmamos y, pese a ser conscientes de ello, lo mencionamos como parte de nuestra posición.

Asimismo, también seremos oradores avaros si manipulamos la información de un caso a nuestra conveniencia.

No podemos alterar ningún medio probatorio del proceso para fortalecer nuestra posición; lo que tal vez sí podremos hacer es orientar la discusión a temas sobre los cuales tenemos mayores elementos de prueba y nuestra posición es más sólida, pero nunca mentir.

Por ejemplo, si intencionalmente obviamos presentar todos los correos electrónicos de una cadena de mensajes, con el objeto de modificar la historia o remitimos sólo a aquellas comunicaciones de nuestro cliente y no presentamos las respuestas de la otra parte, estaríamos cayendo en el pecado capital de la avaricia, en nuestra comparación.

Lo recomendable, antes que mentir, es determinar qué hecho o documento podría perjudicar nuestra posición y elaborar un plan de contingencia, para definir si somos nosotros quienes lo pondremos en la mesa de discusión y definir de qué manera lo enfocaremos o, si más bien, esperaremos que sea la otra parte quien lo exponga y, cuando ello ocurra, tener una respuesta rápida y coherente.

Al final, como anticipábamos, si mentimos y somos descubiertos por el tribunal arbitral, éste tendrá la impresión de que lo hemos hecho con dolo y el único perjudicado será nuestro cliente.

(III). LA GULA

La gula es el pecado capital que comete aquella persona que ingiere en exceso comida o bebida. En el caso de un orador, la gula podría entenderse como la búsqueda o exposición excesiva de información.

Una gran responsabilidad de todo orador es asegurarse por investigar a profundidad los temas y hechos sobre los cuales hablará; sin embargo, esta revisión debe estar enfocada, pues, de lo contrario, se terminará conociendo mucho de lo irrelevante y poco de lo esencial.

Este, tal vez, sea uno de los «pecados» más recurrentes entre los abogados, ya que desde el inicio de nuestra formación hemos sido entrenados bajo la premisa de que debemos manejar la totalidad de la información para afrontar un caso. Esto es correcto, pero el exceso a veces nos termina perjudicando.

Así, por ejemplo, sucede a veces que, por la costumbre de conocer toda la historia desde el comienzo con todos los detalles, invertimos muchísimas horas buceando en información y cuando llegamos a lo realmente importante no le prestamos la atención debida.

Si queremos evitar «pecar» de esta manera, lo que podemos hacer es comenzar por enfocar el caso. El primer paso debería ser dar una revisión general de la información para conocer por dónde podría ir el caso y, en base a ello, iniciar el análisis menudo.

Luego de ello, es fundamental trabajar en equipo y repartir temas y paquetes de información entre varias personas. La idea con esto es lograr que existan especialistas en determinados puntos de la controversia.

Una vez que cada grupo de personas haya analizado la información encargada, lo recomendable es que se junten todos y compartan las conclusiones de la revisión. En este punto, es determinante contar con

la participación de cada uno de los miembros del equipo para conocer qué documentos existen, qué contienen, si tuvieron respuesta o no y de qué fechas son.

De este intercambio entre todos los miembros del equipo seguramente nacerán las primeras conclusiones sobre el caso. Tras esta etapa, teniendo un primer alcance sobre la información existente, se podrá armar la teoría del caso.

A partir de la teoría del caso, quien será el orador a cargo podrá empezar a revisar la documentación relevante compartida por los otros miembros del equipo, y así evitará haber revisado cada documento para recién descifrar de qué trata el caso y cómo se debe resolver.

Está claro que quien será el orador debe conocer el caso más que cualquiera, pero el inicio de la investigación, que suele ser lo más demandante, debe estar centrado en lo relevante, para luego ir abriéndose a los temas que deben revisarse de manera complementaria.

Tomando en cuenta esto, es muy probable que la investigación sea la necesaria y no perdamos el tiempo analizando información que no es relevante para resolver el caso y, finalmente, para armar nuestra exposición.

Otro ejemplo de «gula» es el transmitir información en exceso al tribunal arbitral. No debemos confundir el ser contundente con el remitir demasiada información, que termine confundiendo al tribunal.

Lo que busca un tribunal arbitral es conocer los hechos relevantes del caso y cuáles son las posiciones de cada una de las partes. Para ello, resulta contraproducente entregar documentos innecesarios, que no ayuden a probar nuestra posición, así como también formular exposiciones muy extensas que generen que el tribunal pierda el foco de atención sobre la discusión real.

(IV) LA LUJURIA

La Real Academia Española define a la lujuria como el exceso o demasía en algunas cosas. Precisamente, con frecuencia, la imagen que tiene la sociedad respecto de los abogados es que nos excedemos en determinados aspectos, como, por ejemplo, el uso del lenguaje.

Mucho se habla que el lenguaje que utilizamos suele ser rebuscado y poco práctico. Esto tal vez venga desde nuestras enseñanzas en salones de clases, en donde pasamos mucho tiempo conociendo el origen etimológico de figuras jurídicas y cómo estas han evolucionado o se les llama en los diversos sistemas jurídicos.

Como consecuencia de ello, algunos abogados desarrollan una especial fascinación por utilizar aforismos o palabras en su origen etimológico, exagerando de esa forma en el uso del latín.

Términos como «*a contrario sensu*», «*a fortiori*», «*erga omnes*», «*in dubio pro debitoris*», «*bona fide*» y muchos otros, son algunos ejemplos de cómo innecesariamente nos complicamos la vida; y, sobre todo, se la complicamos a quienes leen nuestros escritos o nos escuchan cuando informamos.

Diera la impresión de que quien emplea estas palabras se sintiese cómodo haciéndolo, como si con ello obtuviese un estatus superior al resto de personas.

Lo cierto es que no está mal utilizar palabras o frases en su origen en latín; sin embargo, esto debe ser la excepción a la regla y se deben emplear siempre que el contexto en el que se mencionan permita al lector u oyente conocer su significado, sin necesidad de mayor análisis.

Si bien el ambiente en donde solemos desempeñarnos está compuesto, generalmente, de profesionales del derecho, no debemos olvidar

que una de las principales virtudes de un orador es lograr comunicar su mensaje y, para conseguir esto, es esencial utilizar un lenguaje cercano y de sencilla comprensión.

También podemos ser oradores «lujuriosos» si es que utilizamos analogías o ejemplos que no vienen al caso y que no cumplen una finalidad práctica. No está mal utilizar analogías en lo absoluto. Lo que está mal es utilizarlas innecesariamente. La idea es captar la atención del tribunal arbitral y no generar incomodidad o desinterés, como consecuencia de una exposición aburrida, que no llega al punto en controversia.

De esta manera, algunas recomendaciones para no caer en el «pecado capital de la lujuria» como oradores, son (i) exponer nuestras ideas partiendo desde lo general hasta lo específico, pero sin olvidar que hay una o dos ideas fuerza que queremos transmitir, (ii) utilizar ejemplos cotidianos, (iii) jugar con los tonos de la voz y (iv) apoyarnos, de forma moderada, en el lenguaje corporal.

Por último, lo recomendable es cerrar la exposición con una conclusión breve de nuestra posición. Sobre esto, incidimos en que la conclusión debe ser concisa y enfocarse en el argumento principal del caso.

(V) LA PEREZA

Cuando hablábamos de la gula hacíamos referencia a la investigación innecesaria de información y la exposición extensa y aburrida en una audiencia. Ahora, nos encontramos al otro extremo, en donde está la pereza, como aquel pecado por el cual dejamos de preparar lo suficiente para un caso.

Indicábamos líneas arriba que el orador debe conocer el caso mejor que nadie. También recomendábamos que al inicio se trabaje en equipo repartiendo tareas para lograr mayor eficiencia y enfocar el caso sin irnos por las ramas; no obstante, era indispensable que cada miembro del

equipo luego de la revisión de información, comparta el conocimiento con el resto.

Muchas veces al caer en otros «pecados», como la soberbia, nos confiamos y subestimamos un caso o creemos que es igual a otro que anteriormente vimos. Esta actitud nos lleva a caer en un nuevo «pecado»: la pereza.

No debemos olvidar que nuestra profesión, como una de las principales virtudes en el ejercicio; nos exige ser diligentes. Está prohibido, por tanto, confiarse y no prepararse lo suficiente para un caso.

Es cierto que el volumen de información que solemos manejar es bastante grande y que usualmente demanda un tiempo considerable analizar e interiorizar todos los documentos.

No obstante, esto no debe ser una excusa para prepararnos de cara a una audiencia o exposición. Es muy probable que, si no estamos preparados, la contraparte y, en especial, el tribunal se dé cuenta de ello desde el primer momento y, de esa forma, entraremos en un torbellino del cual difícilmente nos libremos.

Si por pereza no revisamos bien el caso, nuestra contraparte, que sí lo hizo, va a llevarnos al terreno arenoso de los detalles y sustentará su posición en hechos y documentos, sobre los cuales no tengamos conocimiento minucioso. Esto trae como consecuencia práctica que perdamos poder de convencimiento frente al tribunal, que será quien, finalmente, resolverá la controversia.

Otro claro ejemplo de pereza en un orador es cuando evade las preguntas del tribunal, sea que obvia responder, restándole importancia a la pregunta, o emite una respuesta general sin que atienda la duda del tribunal. Ello puede ser perjudicial, ya que es muy fácil para un tribunal

darse cuenta de que el abogado no conoce la respuesta o, si la conoce, está intentando evadirla.

La recomendación es siempre esforzarse por presentar el caso de la manera más creativa posible, para generar expectativa en el tribunal y definir cuáles son los puntos en controversia y respecto de cuáles existen coincidencias entre las partes. A tales efectos, es de gran utilidad apoyarnos en el uso de una buena presentación, con pocos textos y más imágenes o gráficos, así como utilizar otros elementos, como videos.

La preparación correcta en un caso toma tiempo y puede ser tediosa, pero es indispensable para obtener un resultado positivo. Sólo conociendo el caso estaremos seguros de que, dentro de nuestras posibilidades, hicimos lo correcto para ganar.

(VI) LA ENVIDIA

La envidia es el deseo por lo ajeno o por las condiciones de otra persona. Este sentimiento nos puede llevar a olvidar que, antes de preocuparnos por lo que tiene el otro, es más importante fijarnos en cómo mejorar nosotros mismos.

El que siente envidia tiende a nublar su propio aprendizaje y dejar de prepararse por andar pendiente de lo que el otro ha conseguido.

Un orador debe estar en constante entrenamiento y aprendizaje, pues, finalmente, si queremos lograr lo obtenido por el otro, debemos trabajar para llegar a ese punto.

Siempre es importante que tengamos en cuenta que podemos mejorar nuestras cualidades y obtener otras nuevas.

Para ello, claro que es bueno apreciar las cualidades ajenas y recoger lo positivo del otro para adecuarlo a nuestro estilo. El problema está

cuando nos fijamos más en el otro que en nosotros mismos y no nos preocupamos por mejorar.

Un ejemplo de la envidia en un orador se presenta cuando nos enfrentamos a una persona con mayor experiencia y, en el papel, con mejores certificaciones profesionales.

Lo mismo sucede cuando, en un caso, dos firmas de abogados se enfrentan y uno tiene más tiempo en el mercado, más prestigio o mayor número de abogados o de clientes.

En situaciones como éstas, en vez de quedarnos pensando en el otro, lo recomendable es abocarnos a mejorar nuestras cualidades, fortaleciéndolas.

Por ejemplo, podemos consultar a otras personas determinados temas o discutir en grupo ideas sobre cómo abordar o plantear tal o cual argumento.

Es recomendable barajar más de una posibilidad y colocarse en distintos escenarios para tener clara más de una posible respuesta.

Un tema adicional que sugerimos tener en cuenta es no copiar las malas actitudes que podamos apreciar en otros abogados, más allá de la edad o la trayectoria con la que cuenten.

Si vamos a imitar algo de alguna persona, que sea algo positivo que le sume nuestras habilidades como orador. No algo que nos lleve a cometer alguno de los errores comentados.

En un escenario como éste, si nos enfocamos únicamente en las condiciones del otro, probablemente creamos que no nos irá bien y que, en cualquier caso, daría lo mismo prepararnos o no.

(VII) LA IRA

El último de los «pecados capitales» del orador es la ira, aquel sentimiento asociado al enojo. Éste debe ser uno de los sentimientos más difíciles de controlar y, por ende, uno de los «pecados» más sencillos de cometer.

Un clásico error que seguramente todos hemos cometido, es «caer en el juego del otro» y molestarnos por un comentario agresivo o una mentira.

No puede negarse que es complicado mantener la calma frente a situaciones que regularmente nos molestan. Pese a ello, debemos tener en cuenta el contexto en el que nos encontramos y pensar más en aprovechar la mala actitud del otro que enfrentarlo.

Si logramos controlar nuestra ira, lograremos manejar el curso de la audiencia y rebatir los argumentos de nuestra contraparte.

En ese sentido, si la contraparte pierde los papeles y recurre a calificativos o insultos, lo mejor será pedir educadamente al tribunal que invite a las partes a mantener una discusión alturada y, de esta forma, se evidenciará el inapropiado comportamiento del otro y nuestra buena educación.

De la misma forma, cuando nuestra contraparte miente, en lugar de molestarnos, lo que debemos hacer es evidenciar la mentira frente al jurado y, de esta forma, desmoronar su posición como piezas de dominó, poniendo en tela de juicio todo lo que haya expuesto.

Por el contrario, si nos desorientamos y caemos en el juego de atacarlo ante la mentira, olvidando el fondo de la discusión, intentando demostrar que está mintiendo, probablemente, el tribunal se quede con la impresión de que lo manifestado por nuestra contraparte es cierto y

que, más bien, somos nosotros los que no tenemos cómo responder a lo expuesto y, ante ello, recurrimos a ataques y acusaciones personales.

De esta manera, hemos narrado algunos de los errores más usuales que comentemos los oradores. También hemos brindado recomendaciones para evitar cometerlos.

Lo importante es tener claro que siempre podemos mejorar y, para ello, debemos estar dispuestos a prepararnos y procurar no cometer alguno de estos «pecados capitales del orador».

Muchas gracias.

PRESENTACIÓN DE *LexFINANCE* - V CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE, MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN CUSCO, PERÚ

*Diego Saco**

Financiamiento de Arbitrajes

El objetivo del presente artículo es resumir lo expuesto en la presentación realizada por *LexFinance* en el V Congreso Internacional de Arbitraje, Mediación y Conciliación.

Se busca demostrar cómo el financiamiento de arbitrajes es una solución ante uno de los principales problemas del arbitraje; a saber, sus costos.

1. Costos arbitrales

Los costos arbitrales son, *prima facie*, más elevados que los costos judiciales, en términos cuantitativos y cualitativos. Esto porque, el arbitraje, como forma de resolución de conflictos, requiere el pago de los costos

* Abogado con más de ocho años de experiencia y especializado en derecho corporativo, fusiones y adquisiciones y derecho bancario. Antes de unirse a *LexFinance*, fue el Gerente Legal de BTG Pactual (Perú) y Gerente Legal de Constructora OAS (Perú). Fue un asociado de Miranda & Amado Abogados (Perú) y ha trabajado en Motta, Fernández Rocha Advogados en Sao Paulo, Brasil. Bachiller en Derecho por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Con estudios de posgrado en fusiones y adquisiciones, regulación del mercado de valores, concesiones de infraestructuras y regulación bancaria (Universidad ESAN y Universidad del Pacífico). Se ha desempeñado como profesor de derecho en varias universidades de Perú.

de diversos agentes, tales como: (i) los centros de arbitraje, (ii) los árbitros, (iii) los expertos independientes; y, por supuesto, (iv) los abogados.

Por ejemplo, los arbitrajes domésticos en Latinoamérica pueden llegar a costar hasta US\$ 1 millón,¹ y los de inversión, en promedio, pueden llegar a costar US\$ 5 millones.²

Así, pues, son tan relevantes los costos para los agentes del mercado de arbitrajes, que han sido calificados como la principal causa de preocupación de los clientes entrevistados por la firma de abogados *White & Case*.³

2. Los Problemas

Teniendo como premisa lo costoso que es el arbitraje, y sumando otros factores, como por ejemplo la iliquidez de las empresas y el problema de asignación de recursos,⁴ es posible que un demandante pueda considerar no llevar adelante un arbitraje. Ello, sobre todo, cuando otras opciones de financiamiento son limitadas (Instituciones Financieras, Mercado de Valores, etc.) y/o no pueden dar una solución eficiente, al no poseer, como *know-how*, el análisis de los riesgos inherentes del arbitraje.

¹ Encuesta realizada por *LexFinance* a árbitros, centros de arbitraje, etc.

² The international journal of commercial and Treaty Arbitration (2014). «Counting the costs of investment treaty arbitration». Recuperado de: http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/Counting_the_costs_of_investment_treaty.pdf

³ De hecho, el 68% de los encuestados consideraba que los costos arbitrales eran su mayor preocupación durante el procedimiento arbitral. White & Case LLP & Queen Mary University of London, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration (2015). Recuperado de: https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2015_0.pdf

⁴ Muchas empresas tienen que invertir sus recursos en procedimientos arbitrales, situación que escapa del giro habitual de sus negocios.

3. La oportunidad

Ante los problemas de liquidez y asignación de recursos, *LexFinance* nace como un nuevo agente del mercado de arbitrajes, siendo actualmente la única gestora de fondos de inversión en arbitrajes enfocada en Iberoamérica.

Así, pues, *LexFinance*, a diferencia de otros fondos de litigios, tiene *know-how* y experiencia en arbitrajes *per se*, por lo que puede cuantificar mejor los riesgos relacionados a dicho tipo de litigio.

Actualmente, *LexFinance* es un actor importante en el mercado de arbitrajes en Iberoamérica, lo que le ha permitido, ante la creciente demanda de financiamiento, ofrecer distintos productos que permiten a los clientes incrementar las posibilidades de éxito de sus casos, toda vez que (i) se ofrece liquidez para cubrir los costos del arbitraje, ii) se comparte los riesgos inherentes del arbitraje, y iii) se agrega valor a través de su capital humano.

4. El negocio

Para efectos de la inversión, y teniendo en cuenta los costos del arbitraje, así como el análisis de los riesgos vinculados al caso, *LexFinance* pide a cambio un porcentaje de los beneficios económicos obtenidos de un laudo arbitral favorable o transacción. Para ello, *LexFinance* monetiza los beneficios futuros del caso (resultado del arbitraje o transacción), con el objetivo de ofrecer un mejor *pricing* del activo (arbitraje) al cliente.

Respecto al *pricing*, se considera lo siguiente: i) tiempo de ejecución del laudo arbitral, (ii) posibilidad de una transacción, (iii) probabilidad de éxito del caso, (iv) duración del arbitraje, y (v) monto a invertir. Después del análisis de todas estas variables de inversión, *LexFinance* puede aprobar la operación y así celebrar un contrato de inversión.

No obstante, aun después de la firma del contrato de inversión, es posible que el *pricing* realizado por *LexFinance* cambie, situación a la que se denomina «*re-pricing*». Los factores principales del *re-pricing* son: (i) la necesidad de un financiamiento adicional y/o (ii) la ocurrencia de eventos de compensación, tales como nuevos hechos o pruebas, que puedan perjudicar de manera directa o indirecta el éxito del caso, el cambio de abogados o de los árbitros y los eventos MAE - *Material Adverse Effects*.⁵

Por último, y con el propósito de reducir cualquier factor de riesgo, *LexFinance* sólo obtiene un porcentaje menor al 50% de los beneficios económicos de la reclamación. Lo anterior es un patrón internacional de la industria, y es así como debe ser el actuar profesional de un *Third-Party Funder*.⁶

5. Nuestros productos

Ante la existencia de un mercado de financiamiento de arbitrajes, *LexFinance* ha desarrollado distintos productos ajustados a la necesidad específica de cada cliente. Así, pues, y sobre la base de su experiencia adquirida en diversos arbitrajes domésticos e internacionales (en más de diez jurisdicciones), *LexFinance* ofrece los siguientes once productos:

⁵ «*Material Adverse Effect*» o cambio material adverso (también llamado MAE por el acrónimo en inglés) es una cláusula frecuentemente encontrada en contratos de inversión, que permite al *funder* negarse a completar o mantener una operación de inversión si el cliente presenta un cambio relevante desde el punto de vista legal, comercial y/o financiero.

⁶ La definición profesional de la actividad de un *funder* es fundamental para el desarrollo del *Third-Party Funding*. Ver en: MORAES, Felipe y Heitor, CASTRO CUNHA. «A possibilidade do financiamento de arbitragem por terceiros». Recuperado de: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-02/possibilidade-financiamento-arbitragem-terceiros>.

I) *Arbitration Financing*

- Financiamos a éxito uno o más arbitrajes a cambio de un porcentaje de los beneficios económicos obtenidos de un laudo favorable o transacción.
- Compartimos el riesgo de los arbitrajes y alineamos nuestros intereses con nuestros clientes, ofreciéndoles financiamiento en cualquier etapa de un arbitraje.

II) *Debt-Arbitration Financing*

- Prestamos dinero para cubrir los costos del arbitraje iniciado, a cambio de un interés y un bono de éxito (*kicker*), equivalente a un porcentaje de los beneficios económicos de un laudo favorable o transacción.
- Permite el acceso a un tipo de financiamiento que no es otorgado por otras entidades financieras.

III) *Arbitration Award Financing*

- Compramos laudos arbitrales favorables, aplicando una tasa de descuento brindando liquidez inmediata y evitando que el cliente incurra en riesgos y gastos adicionales respecto a la ejecución y cobro del mismo laudo.
- Puede ser una compra total o parcial del laudo arbitral.

IV) *Pre-arbitration Financing*

- Financiamos los costos de análisis de la viabilidad legal, técnica y económica de una posible transacción y/o arbitraje (informes legales, peritajes, valorizaciones, etc.); asimismo, los costos de un árbitro de emergencia, si es el caso.
- En caso no se llegue a una transacción, el cliente podrá solicitar un financiamiento adicional para cubrir los costos de un eventual arbitraje.

V) *Advisor Fee Financing*

- Financiamos los honorarios (*fees*) de los proveedores de servicios del mercado arbitral (abogados, peritos, investigadores de activos, etc.) a efectos de acelerar el pago de los mismos.
- Monetizamos todos los tipos de honorarios (fijo, variable o de éxito) antes, durante y después del arbitraje.

VI) *Distressed Claim Financing*

- Financiamos arbitrajes de compañías en situación de reestructuración, insolvencia o quiebra.
- Ofrecemos financiamiento a éxito, con el objetivo de iniciar o continuar arbitrajes que de otra manera no pudieran llevarse a cabo.

VII) *Working Capital Financing*

- Otorgamos capital de trabajo a clientes involucrados en arbitrajes a través de *equity*, deuda o una combinación de ambos.
- Este financiamiento permite a nuestros clientes mejorar su liquidez, a fin de mantener o mejorar su situación financiera.

VIII) *Multiparty Arbitration Financing*

- Financiamos procedimientos arbitrales con más de dos partes o relacionados a más de un contrato.
- Los arbitrajes con múltiples partes son complejos, lo que hace que los gastos sean elevados y se requiera de una mayor cantidad de capital para cubrirlos.

IX) *Settlement Arbitration Financing*

- Brindamos financiamiento que permite monetizar y adelantar el pago de los beneficios económicos derivados de un laudo arbitral, transacción o acuerdo de pago.
- Es una solución al periodo de espera para el cobro total o parcial de los beneficios económicos de un laudo arbitral, transacción o acuerdo de pago.

X) *Law Firm Financing*

- Financiamos a firmas que tengan un portafolio de reclamaciones arbitrales en donde se encuentran vinculados con sus clientes a través de cualquier tipo de honorarios (*contingency fees, conditional fees, fixed fees, capped fees, etc.*).
- Invertimos a través de *equity*, deuda o ambos en casos manejados por la firma, permitiendo monetizar *contingency fees* ya establecidos o mejorar propuestas de honorarios.
- No controlamos las decisiones legales respecto a la estrategia del caso o transacción.

XI) *Collection Fee Financing*

- Invertimos en los *fees* de empresas dedicadas a la ejecución y cobro de uno o más laudos arbitrales favorables o transacciones.
- Monetizamos cualquier tipo de honorario comprometido en la búsqueda y recuperación de activos e invertimos a través de *equity*, deuda o ambos.
- Reducimos la brecha entre la ejecución y el cobro de uno o más laudos arbitrales favorables o transacciones.

LOS CONFLICTOS DE INTERÉS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

*Carlos Alberto Matheus López**

1. INTRODUCCIÓN

Nemo iudex sua causa (nadie puede ser juez de su propia causa).

La independencia e imparcialidad del tribunal es un derecho fundamental.

Artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

«Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal».

Artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial [...]».

* Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco. Profesor Asociado del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP. Catedrático de Derecho de Arbitraje de la Facultad de Derecho y de la Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Árbitro profesional y consultor en arbitraje - www.cmlarbitration.com

Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

«Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley [...]».

La independencia e imparcialidad de los tribunales es un principio axial del debido proceso.

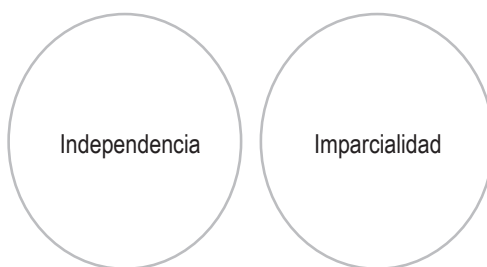
Es imposible ser absolutamente independiente e imparcial.

Los conflictos de interés son una realidad cambiante.

2. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

2.1. *Conceptos*

2.1.1. *Independencia* (factor objetivo) se refiere a la posición o situación del árbitro (relativa a sus relaciones).



2.1.2. *Imparcialidad* (factor subjetivo), se refiere a una actitud de naturaleza intelectual o psicológica (relativa a un estado de la mente).

2.2. *Análisis*

2.2.1. *Independencia*

La independencia posee sólo un componente objetivo: indica la ausencia de relaciones inaceptables entre el árbitro y una parte o su consejero (familiar, financiera, profesional, laboral o personal).

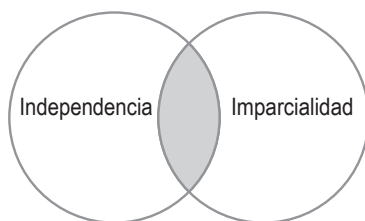
2.2.2. *Imparcialidad*

La imparcialidad posee tanto un componente subjetivo como uno objetivo: si el árbitro está actualmente predispuesto a ser parcial (componente subjetivo), o podría estar potencialmente predispuesto, como resultado de sus relaciones (financieras, profesionales o personales) o sus características culturales, sociales o políticas (componente objetivo).

2.2.3. *Noción compleja de carácter unitario*

Estos términos poseen un ámbito común que hace difícil una distinción clara y definitiva. Constituyen un pleonismo (redundancia) o, lo que es lo mismo, expresan un concepto híbrido y no dos exigencias distintas y disociables. Como dos caras de una misma moneda. Por lo cual, casi todas las leyes y reglamentos, al regular los conflictos de interés, tienden a usar estas dos nociones como un «paquete».¹

¹ Para una mejor comprensión del tema ver MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. «Independence and Impartiality of Arbitrators: A Comparative Perspective». En: *China and International Commercial Dispute Resolution*. Leiden-Boston: Brill/Nijhoff, 2016, pp. 99-127.



3. LEYES DE ARBITRAJE

3.1. *Regulan sólo imparcialidad*

English Arbitration Act 1996 - Sección 24(1)(a)

*«A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds - (a) that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his **impartiality**».*

3.2. *Regulan sólo independencia*

Loi Fédérale sur le Droit International Privé - Artículo 180 (1)(c)

*«1. Un arbitre peut être récusé: (...) c. lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son **indépendance**».*

3.3. *Regulan independencia e imparcialidad*

Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional 2006 (LMC) - Artículo 12(2)

*«Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su **imparcialidad o independencia**, o si no posee las cualificaciones convenidas por las*

partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación».

Irish Arbitration Act 2010 (Part 2, Section 6 - Schedule 1, LMC)

*«Subject to this Act, the **Model Law** shall have the force of law in the State and shall apply to arbitrations under arbitration agreements concerning - (a) international commercial arbitrations, or (b) arbitrations which are not international commercial arbitrations».*

Article 12 (2) LMC (Imparcialidad o independencia).

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje - Artículo 17(1)(3)

«1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial (...) 3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes».

Ghanaian Alternative Dispute Resolution Act 2010 - Artículos 12(4)(d) and 15(3)(a)

*«(4) In appointing an arbitrator, the parties, the person or the institution vested with the power of appointment shall have regard to (a) the personal, proprietary, fiduciary or financial interest of the arbitrator in the matter to which the arbitration relates; (b) the relationship of the arbitrator to a party or counsel of a party to the arbitration; (c) the nationalities of the parties; and (d) other relevant considerations to ensure the appointment of an **independent and an impartial** arbitrator».*

*«(3) An arbitrator's appointment may be challenged only if (a) circumstances exist that give rise to reasonable cause to doubt as to the arbitrator's **independence or impartiality** [...]».*

New Zealand Arbitration Act 1996 - Schedule 1, UML

*«The provisions of this schedule correspond, for the most part, to the provisions of the **Model Law** on International Commercial Arbitration adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985, and approved by the General Assembly of the United Nations on 11 December 1985 (General Assembly Resolution 40/72). Certain changes have been made to amend or supplement the provisions of the Model Law in its application to New Zealand. The original numbering of the articles of the Model Law and their paragraphs has been retained».*

Article 12(2) LMC (**Imparcialidad o independencia**).

Saudi Arabia Arbitration Law - Artículo 16(2)(3)

«2- The arbitrator is precluded from examining and hearing an action—even if none of the parties to arbitration so requested—under the same circumstances as those that preclude a judge from the same.

*3- An arbitrator may not be revoked unless circumstances giving rise to serious doubts as to his **impartiality or independence** have arisen, or if he is not endowed with the qualifications agreed upon by the parties to arbitration, without prejudice to the provisions of Article 14 of this Act».*

Chinese Arbitration Law 1994 - Artículo 34

*«In one of the following circumstances, the arbitrator must withdraw, and the parties shall also have the right to challenge the arbitrator for a withdrawal: (1) The arbitrator is a party in the case or a close relative of a party or of an agent in the case; (2) The arbitrator has a personal interest in the case; (3) The arbitrator has other relationship with a party or his agent in the case which may affect the **impartiality** of arbitration; or (4) The arbitrator has privately met with a party or agent or accepted an invitation to entertainment or gift from a party or agent».*

4. CIADI

4.1. *Convenio CIADI*

Artículo 14(1)

*«(1) Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise **independent** judgment [...]».*

*«(1) Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie **d'indépendance** dans l'exercice de leurs fonctions».*

*«(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su **imparcialidad** de juicio».*

El Convenio Ciadi señala que sus «tres textos son igualmente auténticos».²

Artículo 57

«Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14».

² Para una mejor comprensión del tema ver MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. «La independencia e imparcialidad del árbitro en el sistema Ciadi». San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2013, pp. 1-6.

4.2. Reglamento de Arbitraje

Regla 9(1)

«(1) La parte que proponga la recusación de un árbitro de conformidad con el Artículo 57 del Convenio presentará su propuesta al Secretario General sin demora y en todo caso antes que se cierre el procedimiento, dando a conocer las causales en que la funde».

5. REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI 2010

Artículo 6(7) - Autoridad Designadora y Autoridad Nominadora

*«La autoridad nominadora tendrá en cuenta los criterios que conduzcan al nombramiento de un árbitro **independiente e imparcial** y tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes».*

Artículo 12(1) - Declaraciones de Independencia e Imparcialidad y Recusación de Árbitros

*«Un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su **imparcialidad o independencia**».*

6. REGLAMENTOS INSTITUCIONALES

Reglamento de Arbitraje de la CCI 2017

Artículo 11(1) - Disposiciones Generales

*«Todo árbitro debe ser y permanecer **imparcial e independiente** de las partes en el arbitraje».*

Artículo 14(1) - Recusación de árbitros

*«La solicitud de recusación de un árbitro, fundada en una alegación de falta de **imparcialidad o independencia** o en cualquier otro motivo, deberá presentarse ante la Secretaría mediante un escrito en donde se precisen los hechos y las circunstancias en que se funda dicha solicitud».*

Reglamento de Arbitraje de la LCIA 2014**Article 5(3) - Formation of Arbitral Tribunal**

*«All arbitrators shall be and remain at all times **impartial and independent** of the parties; and none shall act in the arbitration as advocate for or representative of any party. No arbitrator shall advise any party on the parties' dispute or the outcome of the arbitration».*

Article 10(1)(iii) - Revocation and Challenges

*«The LCIA Court may revoke any arbitrator's appointment upon its own initiative, at the written request of all other members of the Arbitral Tribunal or upon a written challenge by any party if: (...) circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to that arbitrator's **impartiality or independence**».*

Reglamento de Arbitraje de la SCC 2017**Article 18(1) - Impartiality and independence**

*«Every arbitrator must be **impartial and independent**».*

Article 19(1) - Challenge to Arbitrators

*«A party may challenge any arbitrator if circumstances exist which give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's **impartiality or independence** or if he/she does not possess qualifications agreed by the parties».*

Reglamento de Arbitraje de la SIAC 2016**Article 13(1) - Qualifications of Arbitrators**

*«Any arbitrator appointed in an arbitration under these Rules, whether or not nominated by the parties, shall be and remain at all times **independent and impartial**».*

Article 14(1) - Challenge of Arbitrators

*«Any arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's **impartiality or independence** or if the arbitrator does not possess any requisite qualification on which the parties have agreed».*

Reglamento de Arbitraje de la CIETAC 2015**Article 32(2) - Challenge to the Arbitrator**

*«A party having justifiable doubts as to the **impartiality or independence** of an arbitrator may challenge that arbitrator in writing and shall state the facts and reasons on which the challenge is based with supporting evidence».*

Article 49(1) - Making of Award

*«The arbitral tribunal shall **independently and impartially** render a fair and reasonable arbitral award based on the facts of the case and the terms of the contract, in accordance with the law, and with reference to international practices».*

7. ESTÁNDAR PARA APRECIAR LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD**7.1. Tipos de estándar****Subjetivo**

La apreciación subjetiva importa que se busquen las verdaderas inten-

ciones de la persona, siendo una circunstancia comprometedora cuando ella caracteriza un ánimo culpable del infractor.

Objetivo

La apreciación objetiva se vincula a las apariencias sin preocuparse de las intenciones de la persona, siendo una circunstancia juzgada como comprometedora en base a que ésta presenta las características habituales.

7.2. *Estándar objetivo*

- English Arbitration Act 1996 - Section 24(1)(a) «*justifiable doubts*».
- Switzerland's Federal Code on Private International Law - Article 180 (1)(c) «*permit legitimate doubt*».
- Ley Modelo de la Cnudmi - Artículo 12(2) «*dudas justificadas*».
- Irish Arbitration Act 2010 (Part 2, Section 6 - Schedule 1, UML) «*justifiable doubts*».
- Scottish Arbitration Act 2010 (Schedule 1, Rule 77 - Mandatory Rule) «*justifiable doubts*».
- Ley n.º 60/2003 de Arbitraje - Artículo 17(3) «*dudas justificadas*».
- Ghanaian Alternative Dispute Resolution Act 2010 - Article 15(3) (a) «*give rise to reasonable cause to doubt*».
- New Zealand Arbitration Act 1996 - Schedule 1, UML «*justifiable doubts*».
- Saudi Arabia Arbitration Law 2012 - Article 16 «*justifiable doubts*».
- Chinese Arbitration Law 1994 - Article 34 «*which may affect*».
- Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi 2010 - Article 12(1) «*dudas justificadas*».
- Reglamento de Arbitraje de la CCI 2017 - Article 14(1) «*una alegación de falta*».
- Reglamento de Arbitraje de la LCIA 2014 - Article 10(1)(iii) «*justifiable doubts*».
- Reglamento de Arbitraje de la SCC 2017 - Article 19(1) «*justifiable doubts*».
- Reglamento de Arbitraje de la SIAC 2016 - Article 14(1) «*justifiable doubts*».

- Reglamento de Arbitraje de la Cietac 2015 - Article 32(2) «*justifiable doubts*».

7.3. Estándar Subjetivo

- Convenio Ciadi - Artículo 14(1) «*inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio*».

8. ESFUERZOS DE SISTEMATIZACIÓN Y LÍMITES

8.1. Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (2014)

Dirigida a los árbitros, abogados de empresa, que ejercen en despachos internacionales.

Establece límites de carácter arbitrario. Por ejemplo, la lista naranja contiene el caso de un árbitro que fue designado en dos ocasiones o más, durante los tres últimos años, por una de las partes.

8.2. Llevados a cabo por la CCI

8.2.1. Reportes sobre Recusaciones (1991, 1995 y 2008)

El reporte de Stephen Bond (1991) no incluye detalles sobre las decisiones, pero se revela el resultado de las recusaciones en algunas situaciones específicas.

El reporte de Dominique Hascher (1995) plantea un número de ejemplos, pero están agrupados en párrafos que hacen difícil distinguir los casos particulares.

El reporte de Anne Marie Whitesell (2008) contiene resúmenes de casos que hacen posible la organización de los datos y patrones que reflejan las situaciones reales planteadas, pero sin el detalle completo que permitiría una comprensión más profunda de los casos.

8.2.2. Notas a las Partes y Tribunales Arbitrales sobre la Conducción de Arbitrajes (2017)

El párrafo 20 de las Notas establece una lista —no cerrada— de circunstancias que afectan la independencia e imparcialidad del árbitro.

8.3. Digesto de Recusaciones de la LCIA (2011)

Todas las recusaciones fueron decididas bajo el derecho inglés.

Un número de estas reglas son ejemplos de situaciones que han sido usadas en las Directrices de la IBA.

8.4. Enmienda —del 23 de octubre de 2015— a la Arbitration and Conciliation Ordinance de la India

En tal forma, la explicación 1 a su Sección 12(1) nos señala que «*Los supuestos establecidos en la lista quinta serán la guía para establecer si existen circunstancias que pueden dar lugar a dudas justificables sobre la independencia o imparcialidad de un árbitro*». Lista que regula 34 supuestos distintos y posee 3 explicaciones que permiten el mejor empleo de éstos.

Cabe señalar además que los 34 supuestos de la Lista Quinta están distribuidos en atención a los criterios siguientes: (i) Relación del árbitro con las partes o sus consejeros; (ii) Relación del árbitro con la controversia; (iii) Interés directo o indirecto del árbitro en la controversia; (iv) Previos servicios para una de las partes u otros involucrados en la controversia; (v) Relación entre un árbitro y otro árbitro o con el conse-

jero; (vi) Relación entre un árbitro y una parte y otros involucrados en el arbitraje; y (vi) Otras circunstancias.

8.5. *Ley Federal n.º 7/2016, eficaz a partir del 29/10/2016, modificó el artículo 257 del Código Penal de los Emiratos Árabes Unidos*

Cuyo texto ahora es el siguiente: «*Un experto, árbitro, traductor o investigador designado por una autoridad judicial o administrativa o elegido por las partes y **que emita una decisión** o exprese una opinión o presente un informe o plantee una causa o pruebe un incidente **a favor de una persona o en su contra, de forma contraria al deber de justicia e imparcialidad, será castigado con prisión temporal***».

9. NECESIDAD DE ESTABLECER LÍMITES

¿Deben provenir los árbitros de la Isla de Utopía?³

Con el avance de la vida moderna, cada vez es más fácil hacer supuestas conexiones entre el árbitro y las partes.

La teoría de los seis grados de separación fue propuesta originalmente por Frigyes Karinthy en su cuento «*Chains*», de 1929. Propuso que cualquier persona del planeta puede ser vinculada a cualquier otra de éste, a través de una cadena de conocidos que no tengan más de cinco intermediarios.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. vs. The Argentine Republic - Decision on a Second

³ Para una mejor comprensión del tema de selección de árbitros ver MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. «Practical Criteria for Selecting International Arbitrators». En *Journal of International Arbitration*, n.º 6, Países Bajos, 2014, pp. 795-805.

Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal
(Icsid Case n.º ARB/03/17)

«While the validity of this theory [six degrees of separation] certainly remains to be proven, its application does demonstrate how easily one may make connections between one person and another through the process of identifying real or alleged links».

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

*Luis Lamas Puccio**

I. MARCO LEGAL

Sin perjuicio de lo que señala nuestra constitución política, en el sentido de que «*todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación*» y que la ley regula los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos,¹ existe un marco normativo que ha sido objeto de reiteradas modificaciones, que se encuentra orientado a maximizar el valor del dinero de los contribuyentes en las contrataciones que realizan las entidades del sector público, de manera tal que cualquier contratación que se realice con una entidad del Estado se efectúe de manera oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través de una serie de principios que rigen los contratos de esta naturaleza.²

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

- a) El Gobierno nacional, sus dependencias y reparticiones;
- b) Los Gobiernos regionales, sus dependencias y reparticiones;
- c) Los Gobiernos locales, sus dependencias y reparticiones;

* Abogado y socio fundador del estudio «*Lamas & Puccio abogados*».

¹ Constitución política del Perú. artículos 39 y 40.

² Decreto Legislativo n.º 1017, artículo 2.

- d) Los organismos constitucionales autónomos;
- e) Las universidades públicas;
- f) Las sociedades de beneficencia y las juntas de participación social;
- g) Las fuerzas armadas y la policía nacional del Perú;
- h) Los fondos de salud, de vivienda, de bienestar y demás de naturaleza análoga de las fuerzas armadas y de la policía nacional del Perú;
- i) Las empresas del Estado de derecho público o privado, ya sean de propiedad del gobierno nacional, regional o local y las empresas mixtas bajo control societario del Estado; y
- j) Los proyectos, programas, fondos, órganos desconcentrados, organismos públicos del poder ejecutivo, instituciones y demás unidades orgánicas, funcionales, ejecutoras y/u operativas de los poderes del Estado; así como los organismos a los que alude la constitución política del Perú y demás que sean creados y reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional.³

II. PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS CONTRATACIONES

Sin perjuicio de lo establecido en la ley del procedimiento administrativo general,⁴ solo a modo de referencia, y conforme al artículo cuarto del decreto legislativo n.º 1017, existen una serie de principios que rigen las contrataciones de parte de los particulares con el Estado, y son los siguientes:

³ Ley n.º 29873, artículo 3.

⁴ Ley n.º 27444.

- a) **Principio de promoción del desarrollo humano:** La contratación pública debe coadyuvar al desarrollo humano en el ámbito nacional, de conformidad con los estándares universalmente aceptados sobre la materia.
- b) **Principio de moralidad:** Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.
- c) **Principio de libre concurrencia y competencia:** En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.
- d) **Principio de imparcialidad:** Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la presente norma y su reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas.
- e) **Principio de razonabilidad:** En todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado.
- f) **Principio de eficiencia:** Las contrataciones que realicen las entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia.
- g) **Principio de publicidad:** Las convocatorias de los procesos de selección y los actos que se dicten como consecuencia, deberán ser

objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la ley de contrataciones del Estado.

- h) **Principio de transparencia:** Toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivos, sustentados y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en la presente norma y su reglamento. La convocatoria, el otorgamiento de la buena pro y los resultados deben ser de público conocimiento.
- i) **Principio de economía:** En toda contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias en las bases y en los contratos.
- j) **Principio de vigencia tecnológica:** Los bienes, servicios o la ejecución de obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.
- k) **Principio de trato justo e igualitario:** Todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.
- l) **Principio de equidad:** Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcio-

nalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

- m) Principio de sostenibilidad ambiental:** En toda contratación se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia.⁵

III. LA LEGISLACIÓN PENAL

a) Introducción

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

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

⁵ Decreto Legislativo n.º 1017, artículo 4.

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

Hablamos de una función preventiva en cuanto al mensaje que trasmite la represión de los delitos contra la función pública por parte del derecho penal, que —se supone— internaliza al individuo o al funcionario público antes de que cometa el hecho objeto de represión.

Cuando hablo de la internalización del comportamiento del funcionario, conforme a derecho, se está recurriendo a lo más positivo del ciudadano que no es otra cosa que el deber de respetar la ley y el derecho.⁷

b) Delito de colusión

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

«Al funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa».⁹

En el mismo sentido, en la segunda parte del citado artículo, se señala, que: «el funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a

⁷ *Ibid.*, p. 13.

⁸ En otras legislaciones este delito se denomina «Negociaciones incompatibles», «Fraude a la administración pública», «Celebración indebida de contratos» o «Fraude contra el Estado». Ver SALINAS SICCHA, Ramiro. «Delitos contra la administración pública». Lima: Editorial Grijley, 2.^a edición, p. 249.

⁹ Artículo 384 del Código Penal.

cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa».¹⁰

c) Críticas al artículo 384 del Código Penal sobre el delito de colusión antes de su modificación

1. Como lo señalan distintos autores,¹¹ varias han sido las críticas planteadas contra la tipificación penal anterior, en torno al delito de colusión, entre las que cabe destacar por su importancia: la falta de elementos constitutivos respecto al delito propio de colusión (aligeramiento de sus elementos constitutivos), en la medida de que no se requería constatar el propio acto de corrupción respecto al funcionario público que había participado o decidido el acto de contratación o adquisición estatal, sino sólo la «concertación» con los interesados, evidentemente perjudicial para los intereses el Estado.

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

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

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

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

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

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

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

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

d) El delito de colusión simple

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

Desde esta perspectiva, si la concertación a la que nos referimos es descubierta «antes» de que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos frente a un delito de colusión consumado, aunque por voluntad del legislador será una simple; mientras que si la colusión es

¹³ *Ibid.*

descubierta cuando ya se ha causado un perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos también frente a una colusión, aunque por voluntad del legislador, agravada.¹⁴

- Concertación es descubierta antes: = simple

- Concertación es descubierta con posterioridad a cuando se ha generado un perjuicio económico patrimonial al estado: = agravada

e) Tipicidad objetiva

1. La «tipicidad objetiva» en el delito de colusión simple se verifica cuando el agente, en su condición de funcionario público y en razón de su cargo, al intervenir directa o indirectamente en cualquiera de las etapas de la modalidad de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado, «concierta» con los interesados en defraudar al Estado.

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

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

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Ejecutoria Suprema del 8 de febrero de 2006.

f) El delito de colusión agravada

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

1. *Tipicidad objetiva.* En ambos casos, tanto la modalidad simple como la agravada, presentan diversos elementos que hacen de las figuras delictivas señaladas, una estructura compleja. La diferencia entre una y otra tiene que ver con dos aspectos: la primera, se relaciona con el verbo rector que como ya se ha mencionado, en la modalidad simple es el término «concertar», en tanto que en la modalidad agravada es «defraudare». La segunda, que tiene que ver con el perjuicio potencial o real producido con la conducta colusoria al patrimonio del Estado. En otras palabras, en la simple, el peligro de afectación al patrimonio del Estado es sólo potencial, en tanto que en la segunda es real y efectivo.

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

3. En realidad no se trata de un delito propiamente de estafa, dado que el delito de colusión es en realidad un delito especial, pues no sólo comprende las características de una estafa, en el buen sentido del tér-

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

mino, sino se aúnan otros elementos que le dan mayor relevancia desde el punto de su gravedad y daño social.

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

g) Diferencias entre «defraudar» y «defraudare» en materia del delito de colusión agravada

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

1. «DEFRAUDAR»

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

2. «DEFRAUDARE»

Aunque este término también implica engañar el interés del Estado, la colusión agravada se configura con la propia defraudación que se produce al patrimonio del Estado, luego de la concertación. Mientras que

¹⁷ *Ibid*, p. 253.

la colusión simple se configura con la sola concertación con los interesados. De esta manera en la concertación agravada aunada a la misma concertación con los interesados de parte del funcionario público, lo que se exige es un perjuicio patrimonial al Estado.

h) Elementos que configuran el delito de colusión

1. POR RAZÓN DEL CARGO. Un elemento que configura tanto la colusión simple como la agravada, es que el agente del delito que lleva a cabo los actos colusorios en perjuicio del patrimonio del Estado, *tiene que actuar en razón de su cargo*. Se actúa en razón del cargo conforme a las atribuciones propias de su cargo, de acuerdo a la ley o los reglamentos de la materia. El agente se aprovecha en beneficio propio de las atribuciones que el organismo estatal le ha otorgado para que lo represente en todas las etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios. Implica que, si el funcionario público no estaba facultado para participar en un proceso de licitación, el delito de análisis no se configura.

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

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

4. LA CONCERTACIÓN. Implica ponerse de acuerdo con los interesados en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que implica

no sólo la violación de la confianza que el Estado ha depositado en él, sino un alejamiento de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados y de los principios que rigen la actuación administrativa.

5. Según ejecutoria suprema, el delito de colusión desleal requiere de la concertación del funcionario o servidor público con el interesado, es decir, de un acuerdo subrepticio entre dichas personas en los contratos, suministros o licitaciones. Hablamos de la defraudación del Estado, de sus organismos o entidades, la misma que se manifiesta en un perjuicio que es producto, precisamente, de dicho acuerdo ilícito relacionado a esta concertación. El ilícito penal necesita de la intervención activa del interesado, quien justamente concierta con el funcionario público, lo que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentimiento de su parte. Hablamos de un acuerdo de voluntades entre el funcionario y el interesado.¹⁸

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

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

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

9. No se trata de cualquier concertación, sino de las que buscan de manera específica perjudicar o traer consecuencias económicas nocivas

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

para el Estado, ya que por lo general se paga más por un producto de una determinada calidad que no corresponde a las necesidades. Lo cuestionable es la conducta del funcionario que acuerda con una persona privada en términos dolosos, para obtener un beneficio particular en agravio del Estado.

10. CONCERTACIÓN POR COMISIÓN

Una concertación de esta naturaleza sólo es posible por comisión y no por omisión.¹⁹ No es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante actos de omisión. El agente, necesariamente y de manera activa, debe concertar o ponerse de acuerdo con los interesados en negociar con el Estado. Es imposible que actos omisivos impliquen o representen acuerdos o concertación alguna.²⁰

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

12. En caso un funcionario participe de las negociaciones, pero no obra por razón de su cargo y sólo guarda silencio y con ello permite que haya un comportamiento defraudatorio a los intereses del Estado, estaremos frente a un caso de complicidad primaria omisiva. El guardar

¹⁹ VÁSQUEZ ABANTO. «*Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*».

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

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

silencio no equivale, desde el punto de vista normativo y estructural la figura de la concertación que exige el tipo penal.²²

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

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

15. En ese sentido, si bien es cierto, que tanto en la colusión simple como en la agravada el verbo rector es la misma concertación, en esta última es un medio que utiliza el agente para perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado.²⁵

i) Instrumentos del delito

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

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

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

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

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

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

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

- a) Suministros: Son acuerdos a los que llega el organismo estatal con los particulares, con la finalidad de que se encarguen de proporcionar prestaciones de bienes y servicios.
- b) Licitaciones: Implica un procedimiento legal y técnico que permite a la administración pública conocer quiénes pueden participar en la prestación de servicios, conforme a su idoneidad o conveniencia.
- c) Concurso de precios: Es el procedimiento por el cual el postor presenta su propuesta para ejecutar una obra pública previa a una licitación cursada por la entidad estatal que convoca el concurso.
- d) Subasta: Son actos públicos de venta de bienes al mejor postor, y que puede hacer judicial y públicamente.²⁷

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

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

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

- Convenio: Significa acuerdos a los que llegan los representantes del Estado con los particulares, los que se traducen en un contrato. el legislador utiliza el término «convenio», el que no sólo se refiere a los acuerdos alcanzados en la celebración o en la ejecución de una contratación pública, sino también implica ciertas modalidades específicas de contratación que están previstas en la normatividad administrativa: hablamos de adquisiciones realizadas en el marco de los convenios internacionales.²⁸
- Ajustes: Significa las adecuaciones o reacomodos que se realizan entre los representantes del Estado y los particulares cuando surgen desavenencias en el cumplimiento del contrato.
- Liquidaciones: Implica que los contratos celebrados entre el Estado y los particulares llegan a su fin y es necesario llevar a cabo un procedimiento de liquidación.
- Suministros: Es el acuerdo al que llegan los representantes del Estado con los particulares, con la finalidad de que éstos se encarguen de proporcionarles prestaciones de bienes y servicios. Los suministros constituyen la ejecución de un contrato con el Estado para proveer de manera continua y permanente determinados bienes a determinadas instituciones públicas para el desarrollo de sus actividades.²⁹

g) Bien jurídico

Como en todos los delitos contra la administración y la función pública, lo que se protege es el correcto desempeño del funcionamiento de la administración pública, que resulta una manifestación material del Estado.

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

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

En tanto que el bien jurídico específico es la regularidad, prestigio y los intereses patrimoniales del Estado, expresados en la idoneidad y el celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios del Estado o servidores públicos.³⁰

h) Sujeto activo

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

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

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

4. Los interesados como cómplices primarios. Es importante señalar que a los interesados, en igualdad de condiciones que los funcionarios públicos, se les puede imputar el delito de colusión a título de

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

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

autores,³² en razón a que no tienen la condición funcional que sí tiene el funcionario público que participa en una operación de esta naturaleza.

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

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

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

i) Consumación del delito

1. Conforme a la nueva redacción del delito de colusión, en torno a su primera parte, la colusión simple se consuma o verifica cuando el

³² Ejecutoria Suprema del 29 de noviembre de 2006.

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

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

agente «concierta», participa en acuerdos colusorios o clandestinos con los terceros interesados con el propósito de defraudar al Estado.

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

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

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

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

1. La Ley n.º 30077,³⁷ cuya finalidad es fijar las reglas y procedimientos establecidos en relación a la investigación, juzgamiento y

³⁵ *Ibid.*, p. 278.

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

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

penalidad en torno a los delitos cometidos por las organizaciones criminales, en lo que respecta a los delitos que se encuentran comprendidos en esta legislación, incluye los delitos contra la administración pública, dentro de los cuales se encuentra el delito de colusión, conforme a las últimas modificaciones de las que ha sido objeto.³⁸

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

³⁸ Artículo 3. *De los delitos comprendidos.*

LA ÉTICA Y EL IMPACTO DE LA CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE

*Juan Ramón Balcells Olivero**

Buenas tardes, de nuevo, a todos.

Voy a hablar de la ética en la resolución de conflictos, brevemente esta vez sí, pues no quisiera excederme del tiempo que se me ha asignado, sería un abuso por mi parte; y, por tanto, un comportamiento poco ético y mucho más en una exposición que pretende hablar justamente de esto.

Esta última afirmación me permite entrar, ya sin más preámbulos, en lo que debe ser el objeto de mi exposición.

Para ello, y con el fin de enmarcar lo que a mi parecer sería el concepto de ética y cómo debe aplicarse a todo lo que hacemos, incluido el arbitraje, me gustaría citar algunas frases del historiador del Arte, Ernest

* Abogado (Universidad de Barcelona), Diploma de Estudios Internacionales con especialización en asuntos europeos (Johns Hopkins University, School of Advanced Studies, Bologna, Italia). Fue Profesor visitante en la Universidad Autónoma de Barcelona y Profesor en el Instituto de Empresa (Barcelona). En la actividad profesional se ha desempeñado en el Estudio Baker and McKenzie; en la Corporación Mapfre y en diversos puestos en el Grupo Telefónica S.A. Desde febrero de 2013 se incorporó a Telefónica SA, matriz de Telefónica Internacional como Director de la Secretaría General para asumir la coordinación de los asuntos de seguros y las secretarías de las compañías de seguros del Grupo (con presencia tanto en Europa como Latinoamérica), asimismo brinda soporte legal a Wayra compañía del Grupo que ofrece recursos tecnológicos, financiación y apoyo, con el fin de facilitar nuevas startups en Europa y Latinoamérica.

Gombrich. Todas ellas están sacadas de su libro *«Breve historia de la cultura»* en la traducción de Carlos Manzano.

Podía haberme limitado a usar las definiciones clásicas de ética, pues la filosofía se ha ocupado, desde la época griega, extensamente de este concepto y de su ámbito de estudio. Por otro lado, podría haberme referido a la obra de Savater *«Ética para Amador»*, seguramente y puesto que él a sí mismo se denomina *«profesor de filosofía»*, mucho más didáctica de lo que podría yo llegar a ser en cualquier momento.

Finalmente, hubiera podido usar palabras (y reflexiones, por supuesto) de los grandes pensadores del derecho natural mucho más cercanos a la materia de este Congreso.

Sin embargo, he preferido usar las palabras del eximio crítico e historiador del arte porque, si bien se refieren al artista, al concepto de la obra de arte y su consideración dentro del concepto de civilización, estas palabras se adaptan a la perfección a la forma en que me gustaría presentar este tema, referido en particular al arbitraje y al comportamiento de las empresas. Al fin y al cabo, mi tesis es que de ética puede hablarse sin necesidad de especialización.

Dice así la primera cita:

«El secreto del artista consiste en que realiza su obra tan extraordinariamente bien, que todos olvidamos preguntar qué era lo que pretendía ser su obra, a causa de la absoluta admiración por la forma como la ha ejecutado [...]»

Es posible que existan definiciones más precisas, pero no mejor definición de lo que debería ser un comportamiento ético en un arbitraje, tanto para los árbitros como para las partes. La ética en los arbitrajes, su finalidad en definitiva, es obtener el mejor resultado posible, «el bien común o el de la mayoría» dirán los filósofos, y en una forma tal que la resolución del conflicto despierte en aquéllos que han participado el mayor

respeto por el resultado; y es así porque, dicho a la inversa, cualquier resultado que no sea ético puede ser un resultado —incluso el acertado—, pero es un falso resultado; pues a la larga, genera gran desconfianza en el laudo y en la institución; y, por ello, no resuelve el conflicto que es, precisamente, a lo que finalmente debería aspirar el arbitraje.

La ética debe impregnar todo el procedimiento, de tal manera que lleguemos a olvidar su presencia en la actuación, el proceso y el resultado.

La segunda cita dice así:

«Pues esa es, creo yo, la función que desempeña el canon de cualquier cultura. Ofrece puntos de referencia, criterios de excelencia, que no podemos nivelar sin perder la orientación. Cuales sean las cimas particulares o los logros individuales que seleccionemos puede depender de nuestra elección particular, pero no podríamos hacer dicha elección si, en lugar de esas cimas sólo existieran dunas en movimiento»

Igualmente, aquí la ética debería ser el canon mediante el cual se examine cualquier profesión y, con más razón, la de los que nos encontramos aquí. La referencia, tanto en comportamiento como en pensamiento al criterio de excelencia es, además de aspiracional, fundamental, pues éste debería ser el compromiso en todo momento de quienes participan del arbitraje. Cualquier intento de rebajar ese ideal —lo consigamos o no, como he dicho, aquí no hablamos de resultados, sino de aspiración— supone perder el punto de orientación y sin orientación, de nada nos valen las referencias, es decir, no nos es posible navegar.

La forma en que se desarrolle el arbitraje, la estrategia elegida para defender a nuestro cliente, la doctrina elegida para exponer nuestro caso, la interpretación de la norma en la que se basa la razonabilidad de nuestra pretensión, es ya una elección individual y necesaria (decía Zbigniew Herbert que «el programa de un concierto ha de incluir, aparte de los Scarlatti, Bach y Mozart, compositores secundarios, no para contrade-

cirlos, sino como aprendizaje»), pero sin las referencias de las cimas éticas en nuestra profesión, sean éstas la imparcialidad, la independencia, la licitud de nuestras actuaciones, el respeto por la otra parte y su mismo derecho de defensa el que nos asiste a nosotros, la veracidad de los datos académicos y profesionales que respaldan la idoneidad del árbitro elegido, la transparencia de cualquier conflicto de interés, o la manipulación del proceso para poner en situación de privilegio a una de las partes, harían del arbitraje como institución dedicada a la resolución de conflictos, una institución carente de sentido, y ya se sabe que las cosas carentes de sentido, suelen estar destinadas irremediablemente al fracaso.

Es por eso que la exigencia de ética debe presidir nuestro comportamiento, más allá de discursos, normativas internas, códigos deontológicos y demás, y es algo que las empresas deben exigir a sus abogados y árbitros de la misma forma que los abogados y árbitros deben exigir a las empresas.

La siguiente cita dice así:

«No pretendo oponerme a la discusión de los valores, pero creo que, en última instancia, los valores del canon están enraizados de forma demasiado profunda en la totalidad de nuestra civilización como para que se los pueda discutir aisladamente».

Quizás esta cita pueda parecer algo optimista en un primer momento, teniendo en cuenta determinados comportamientos faltos de ética o de la magnitud de la corrupción que estamos viviendo en estos días o de su extensión en casi todos los niveles sociales. No obstante, a pesar de comportamientos particulares (o incluso colectivos), es evidente que como principios, como valores, en definitiva, éstos se encuentran tan profundamente arraigados en nuestro pensamiento colectivo, en nuestro *ser colectivo* me atrevería a decir, que son fácilmente reconocibles y, a mi parecer, capaces de resistir cualquier fuerza contraria por muy fuerte o terrible que ésta sea.

Por otro lado, los principios éticos, por muy individualizables que puedan ser (algo así como los mandamientos de la ley), no tendrían sentido si no los contempláramos conjuntamente. Pueden ser analizados individualmente, pueden incluso gustarnos algunos de ellos más o menos, pero no, como dice la frase de Gombrich, discutidos aisladamente. Cualquier intento de denigrar o desmerecer a cualquiera de ellos supone degradar la ética, en otras palabras, el valor del arbitraje en su conjunto.

Los principios éticos en su conjunto, son los pilares sobre los que debe asentarse la institución del arbitraje, hay espacio de la discusión individual, pero ello no supone discutir uno de ellos para la ética en su conjunto.

Otra cita relevante:

«La civilización —así lo espero, al menos— se puede transmitir; no se puede enseñar en cursos que acaben en un examen».

No creo que la ética sea enseñable, sí aprendida y también asimilada. No podemos limitarnos a enseñar estos principios, son parte de lo que somos, o mucho peor todavía, de lo que no somos cuando no los respetamos.

Toda la institución del arbitraje se sustenta en unos principios que no son inamovibles o estancos (eso sería como decir que aparecido Miguel Ángel, habría terminado la historia del Arte), pero que sí, en cuanto devienen *cimas*, son permanentes y se convierten en una referencia sobre la cual elaborar nuevos principios y hacer avanzar, —sea cual sea la dirección—, el arbitraje como institución. Los principios éticos impregnan de tal manera nuestra profesión que forman parte de ella irremediamente. Son los pilares sobre los que se sustenta el arbitraje y cuando éstos no se cumplen o no son respetados, lo que falla es el arbitraje particular frente a la validez del concepto de arbitraje.

Avanzando, la siguiente cita diría:

«Podemos interpretar lo que llamamos civilización como una malla de juicios de valor implícitos, no explícitos».

También los principios éticos que configuran el arbitraje, o mejor dicho, los que aseguran su efectividad, su razón de ser, en definitiva, son juicios de valor que no necesitan ser explicitados; son, sobre todo, principios implícitos, no siempre exentos de polémica o discusión, puesto que su aplicación práctica no es siempre algo tan obvio como desearíamos. Es evidente que, al igual que los conocidos dilemas éticos, algunos obvios y otros mucho más sutiles; y, por ello, más difíciles de detectar, existen muchos dilemas en la aplicación de las normas del arbitraje y de su aplicación procesal. Justamente, la ética no es una ciencia, y mucho menos, exacta; es un grupo de principios inspiradores y rectores sobre el que podemos basar nuestra actuación y, en tanto principios humanos, plenamente humanos, no exentos de conflictos, no siempre fácilmente conciliables. ¡Cuántas veces nos enfrentamos a diario con dilemas éticos! Pero es, justamente, ese dilema lo que corrobora su existencia y, por encima de todo, su vigencia.

La última cita diría:

«En lo referente a las cumbres del arte no somos tanto nosotros quienes ponemos a prueba la obra de arte, cuanto la obra de arte quien nos pone a prueba a nosotros».

Justamente, porque son los más altos principios rectores del arbitraje, éstos no ponen a prueba la institución; sin ellos, simplemente, no existiría, sino que nos ponen a prueba diariamente a los que participamos en el arbitraje, sea como parte, como abogados de las partes, como testigos, peritos o árbitros. Sólo si superamos con éxito esta prueba, podremos decir que hemos ganado o perdido en buena lid el arbitraje o que habremos contribuido a fortalecer la propia institución.

Dicho todo esto, y para terminar, valdría la pena responder, aun someramente, a esta pregunta: ¿cómo se aplican estos principios desde el punto de vista de las empresas que participan en el arbitraje?

Tan sólo algunas ideas:

Respecto a los árbitros, corresponde a las partes actuar con la mayor profesionalidad a la hora de escoger el árbitro. No es ético elegir al amigo, pero sí al de confianza. Un análisis en profundidad deberá ser hecho sobre sus competencias profesionales, conocimiento de la materia, habilidades, compatibilidades y conflictos de interés. El objetivo principal es poder escoger a la persona más adecuada para resolver el conflicto que nos ocupa, y quede bien claro que no me refiero a nuestro conflicto, sino al conflicto; es decir, si sólo buscamos a una persona que me resuelva mis conflictos, seguramente, éste quedará sin resolver.

También es necesario convencerse de que el árbitro es, ante todo, árbitro y no árbitro de parte. No ha sido elegido para resolver, como decía, nuestro conflicto, o defender nuestra posición (para esto está la defensa de cada parte), sino para resolver de acuerdo con los parámetros establecidos en el arbitraje de acuerdo con los argumentos presentados, el conflicto que enfrenta a las partes.

Asegurar que se mantiene la independencia del árbitro es vital para el correcto desarrollo del proceso y para que todos los efectos del arbitraje se desplieguen de la mejor manera.

La defensa, por su parte, debe tener como principio rector prioritario la defensa de la posición de la parte a quien defiende. Es fundamental no perder eso de vista, puesto que sin una correcta defensa en cada lado, tampoco del arbitraje surgirían los efectos deseados ¿Hasta dónde llega la defensa de las partes? Hay que partir de que no todo está permitido. El respeto al proceso y a la otra parte tiene que presidir la actuación de la defensa de cada parte. No nos encontramos ante un par-

tido de fútbol (¡y mucho menos de *rugby*!) en el que hay que eliminar al contrario y por goleada, de ser posible. Por mucho que en nuestro fuero interno lo deseáramos ardientemente, el arbitraje no puede ser una institución dedicada a «*eliminar*» conflictos, sino más bien, en la medida de lo posible, a «resolverlos».

El respeto a la otra parte es fundamental en todo momento, no puede convertirse el arbitraje en una venganza personal ni tampoco respecto a los letrados en un concurso de quién sabe más; quizás a la larga éstos son los efectos o consecuencia, pero nunca puede ser la finalidad.

Respecto a los testigos de parte, éstos tienen que atenerse a la verdad y sus opiniones deben estar por encima de cualquier interés parcial; ello no resta para que el relato pueda construirse de la mejor manera para explicar, desde el punto de vista de la parte a la que se representa lo que pasó y cómo pasó. Las partes deben llamar a los testigos que puedan aportar algo relevante al proceso o que puedan explicar de la mejor manera los acontecimientos. Hay un gran trecho entre ser parcial y mentir, entre un punto de vista y un punto de engaño.

En cuanto al comportamiento de las partes, éstas deben respetar el proceso en todo momento y ello implica no dilatarlo innecesariamente, pidiendo prórrogas que no puedan justificarse o solicitando pruebas innecesarias o excesivamente gravosas que podrían haberse sustituido por otras más razonables.

Los peritos, cuando son de parte, deben mostrar los acontecimientos o tratar los datos desde el punto de vista de la parte para la que trabajan, pero al igual que los testigos hay un largo trecho entre tratar datos e inventarlos, entre interpretarlos o enmarañarlos.

En cuanto a los árbitros, asumiendo su imparcialidad e independencia, deben también respetar a las partes y dar los espacios necesarios para que éstos puedan desarrollar sus argumentos con la profundidad y

amplitud que convenga, siempre dentro de los límites de lo razonable y, quizás lo más difícil de todo, no tomando posiciones o decisiones sin haber visto todos los puntos de vista. Todos hemos visto árbitros que incluso antes de empezar el arbitraje, prácticamente al instante de ser designados, ya han encontrado la solución del conflicto y a partir de ese momento se dedican únicamente a buscar la forma en que mejor expresarán su convencimiento.

La motivación en el laudo es también muy importante. Como hemos dicho, un arbitraje no es una competición olímpica, sino un mecanismo de resolver un conflicto y las partes tienen que conocer cómo los árbitros lo han entendido y cómo proponen resolverlo. Las partes podrán o no estar de acuerdo, pero al menos tienen el derecho de saber por qué razón sus argumentos han sido o no tenidos en cuenta y qué valor se les ha otorgado.

Finalmente, y qué bueno sería que siempre fuera así, las partes deben ser capaces de aceptar su victoria o su derrota (y en este caso, permítaseme usar términos bélicos o deportivos) y ejecutar el laudo, en la parte que les corresponde, de la mejor manera posible, actuando con rapidez y facilitando a la otra parte aquello que sea necesario para dar por concluido, de una vez por todas, el conflicto, lo cual no quita que cada parte es libre de ejercer su derecho de impugnar el laudo cuando de verdad hayan razones que así lo justifiquen.

Sin duda, muchos más son los aspectos ligados a la ética en los arbitrajes, pero me temo que ya me he excedido del tiempo que me correspondía; sólo quería poner algunos ejemplos y, sin duda, no todos ellos libres de polémica (al fin y al cabo, si siempre ha habido gente que ha discutido la supuesta excelencia de Miguel Ángel, con más razón podrían querer disputar algunos de los principios éticos que rigen el arbitraje), pero como decía al principio, son las grandes cumbres que todos conocemos y debemos aspirar y, como mucho, debatir si conviene subir a ellas en verano o en invierno, con o sin oxígeno y si por la cara norte o la cara sur.

Lo importante; y, sin duda, para las empresas así tiene que ser, les cueste más o menos reconocerlo, es que estén ahí, con su presencia destacada y que únicamente subiendo a lo más alto de sus cumbres, se puede llegar a ver con claridad el horizonte.

A todos, muchas gracias.

EL ÁRBITRO DE EMERGENCIA. A PROPÓSITO DE SU RECIENTE INCORPORACIÓN EN EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA

*Hugo Sologuren Calmet**

I. INTRODUCCIÓN

El árbitro de emergencia (en adelante, AE) o también denominado «árbitro de urgencia», es una figura procesal que se ha venido tomando en cuenta en los reglamentos de arbitraje de algunas instituciones arbitrales en el ámbito nacional e internacional.

* Abogado senior con más de treinta y cinco años de experiencia en áreas de derecho económico y empresarial, así como en derecho administrativo público y organismos supervisores y reguladores, contratación pública y concesiones. Con especial formación en conciliación, negociación y arbitraje; gestor y promotor de la fundación del Centro de Arbitraje de la CCL, habiendo presidido por siete años la Comisión Administradora del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, habiendo sido vocal de la Corte y del Consejo Superior de Arbitraje de dicho Centro. Así también, desempeñándose como arbitro único o miembro de tribunales arbitrales en casos internacionales y nacionales, integrante de la lista de árbitros de la CCL, de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI-París, del CARC de la Pontifica Universidad Católica del Perú, de Amcham Perú, de la CCP de Arequipa, de la CCP de Puno, del OSCE (Ex Consucode) y otros. Habiendo ejercido la presidencia de la Cámara de Comercio de Lima en dos períodos, la vicepresidencia de Osinergmin por más de cinco años y de la ODI-CAM (Indecopi) por más de cuatro años. Actualmente, vicepresidente del Consejo Superior de Arbitraje del CAL, presidente y/o director de empresas nacionales y extranjeras, así como consultor de comisiones mixtas de negociaciones y comercio exterior del sector público y privado.

Su uso e implementación ha venido cobrando importancia ante las situaciones surgidas en las negociaciones nacionales e internacionales, de las cuales derivan controversias que determinan la adopción de medidas urgentes de protección al demandante.

En el caso del arbitraje internacional, la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI), fue una de las primeras instituciones que implementó esta figura a través de su «*Pre-Arbitral Referee Procedure*», en 1990. Este mecanismo fue sólo usado doce veces desde 1990 hasta 2012.¹

En el ámbito nacional, recientemente (enero de 2017), el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, CE-CCL) ha aprobado su nuevo Reglamento de Arbitraje, habiendo incluido la figura del «árbitro de emergencia» y estableciendo determinadas reglas para su aplicación.

El presente artículo analiza la figura en mención y realiza algunas apreciaciones críticas sobre su reglamentación.

II. ANTECEDENTE

Como se ha indicado, en el ámbito internacional y nacional la figura del árbitro de emergencia ha tenido particular importancia y ha llevado a que algunas instituciones arbitrales regulen y asuman este mecanismo en sus respectivos reglamentos.

En tal sentido, tenemos que el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (vigente) regula, en su artículo 29, la figura del árbitro de emergencia, estableciendo cinco puntos importantes, que pasamos a señalar:

¹ MIRO GILLI, Màrius. «La decisión del árbitro de emergencia. Su contenido, ejecutabilidad y ejecución». *Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 16, 2013, pp. 37-39.

1. La parte que requiera medidas cautelares o provisionales urgentes que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral («medidas de emergencia»), podrá solicitar tales medidas según las Reglas de Árbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V. Tal solicitud será aceptada por la Corte sólo si es recibida por la Secretaría antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral de conformidad con el artículo 16 e independientemente de si la parte que la hace ha presentado ya su solicitud de arbitraje.
2. La decisión del árbitro de emergencia deberá adoptar la forma de una orden. Las partes se comprometen a cumplir con cualquier orden dictada por el árbitro de emergencia.
3. La orden del árbitro de emergencia no será vinculante para el tribunal arbitral, en relación con cualquier cuestión, tema o disputa decidida en la orden. El tribunal arbitral puede modificar, dejar sin efecto o anular la orden o cualquier modificación de la misma hecha por el árbitro de emergencia.
4. El tribunal arbitral decidirá sobre las solicitudes o demandas de cualquier parte relativas al procedimiento del árbitro de emergencia, incluyendo la distribución de los costos de dicho procedimiento y cualesquiera demandas que surjan o tengan relación con el cumplimiento o incumplimiento de la orden.
5. Los artículos 29(1) a 29(4) y las Reglas de Árbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V (conjuntamente, las «Disposiciones sobre el árbitro de emergencia») se aplicarán solo a las partes que sean signatarias del acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento que sirve de base a la solicitud o que sean sucesores de dichas signatarias».

No obstante, la regulación de la figura del AE en el Reglamento de la ICC, ésta tiene como antecedentes, las reglas que contiene el Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional, del Instituto Internacional para Prevención y Solución de Conflictos, del Centro Internacional de Solución de Disputas (ICDR), de la Cámara de Comercio de Estocolmo y del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur.²

Así, por ejemplo, en México, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (Canaco) contiene un procedimiento, adicional al de medidas provisionales, que permite el otorgamiento de medidas de emergencia, que encuadra en los estándares de un árbitro de emergencia.

III. DEFINICIÓN

Un sector de la doctrina ha definido al AE, como aquél a quien corresponde actuar para resolver un procedimiento de adopción de medidas cautelares urgentes, siempre que una controversia se encuentre sometida al arbitraje bajo un reglamento institucional que contemple la existencia del procedimiento de solicitud de medidas urgentes de protección, y que no exista un acuerdo expreso de las partes en contra de la aplicación del régimen respectivo.³

En el contexto nacional e internacional, el AE surge como una figura novedosa que otorga un mayor valor agregado al usuario del arbitraje, al permitirle obtener en un tiempo prudencialmente más rápido una medida cautelar de urgencia sin tener que recurrir al órgano jurisdiccional, teniendo en cuenta la demora excesiva que tomaría un procedimiento cautelar en un proceso judicial.

² BÜHLER, Michael W. «ICC Pre-Arbitral Referee and Emergency Arbitrator Proceedings Compared». En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. Paris: ICC Services, vol. 22/Special Supplement-2011, p. 94.

³ CORTÉS ARAUJO, Bernardo. «El árbitro de urgencia». *Revista del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción*. México, 2013, p. 1.

Cabe señalar que las características del AE, son:

- Temporal, provisional y perentoria.
- Posee facultad exclusiva para dictar medidas cautelares previas al inicio del procedimiento.
- Posee una función de naturaleza cautelar que constituye una forma de actuación del derecho por su naturaleza preventiva.⁴

Es vital señalar, que estas características determinan la naturaleza del AE y que determinan su diametral diferencia con los árbitros que resuelven el fondo de la controversia una vez que se han instalado.

A criterio de algunos, el AE se desempeña usualmente en el arbitraje institucional, nacional o internacional. Sin embargo, es particular criterio que es posible tener un AE con la sola decisión de las partes expresadas en el convenio arbitral.

Es de resaltar, que el Convenio arbitral habilita recurrir al arbitraje y, por ende, faculta a los árbitros a resolver la controversia puesta a su consideración. En ese sentido, es posible que por acuerdo de partes se establezca un procedimiento para la designación y reglas de actuación del AE. A ello debemos agregar que incluso, teniendo en cuenta que en la práctica es una cuestión casi improbable que las partes se pongan de acuerdo en la designación de un árbitro único, podemos recurrir al literal d) del artículo 23° del Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje (en adelante, LA), que establece:

- «d. Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio

⁴ ALMANDOZ, Alfredo; PERERA, Pedro; ANGRISANO, Humberto y GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge. *La colaboración de los tribunales ordinarios. El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los quince años de la Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas: Editorial Sabias Palabras, C.A., 2013, p. 457.

del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana».

Por lo que, es posible que el árbitro de emergencia sea designado por las Cámaras de Comercio. No obstante, lo señalado sería recomendable que las partes faculden expresamente en el convenio arbitral a que sea la Cámara de Comercio quien designe al AE.

Siguiendo lo anterior, incluso por acuerdo de las partes, es posible que se determine que la entidad nominadora del árbitro de emergencia, aun en un arbitraje *ad-hoc*, sea una determinada institución arbitral.

El convenio arbitral determina el arbitraje, por lo tanto, lo que las partes establezcan en él, faculta la actuación de determinadas acciones antes, durante y en la finalización del arbitraje.

Por otro lado, el AE encuentra especial fundamento en la Ley Modelo de Uncitral, que establece en su artículo 9 lo siguiente:

«No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas».

La disposición antes señalada, sustenta la posibilidad y total validez de la actuación del AE, la cual ha sido tomada en cuenta a efecto de que diversas instituciones arbitrales nacionales e internacionales hayan asumido en sus reglamentos la figura del AE.

Como se ha señalado, la función del árbitro de urgencia, es esencialmente resolver sobre las medidas cautelares solicitadas. Si no existe

urgencia, la solicitud en mención debe aguardar la constitución del tribunal arbitral ordinario.

Por ello, y como bien se ha determinado, la diferencia entre el árbitro común del procedimiento, y el AE radica en que este último no puede pronunciarse sobre el fondo de la demanda arbitral.

IV. ARBITRAJE INSTITUCIONAL

Recordemos que nuestra LA establece entre los tipos de arbitraje, al arbitraje institucional y al *ad-hoc*.

En el arbitraje institucional tenemos que es aquel tipo de arbitraje en el que las partes han acordado que la organización y administración del proceso arbitral, se encontrará a cargo de una institución arbitral.

En cambio, el arbitraje *ad-hoc*, es aquel tipo de arbitraje en el que las partes no han acordado someter el mismo a la organización ni a la administración de una institución arbitral. En este supuesto, serán las propias partes quienes regularán todos los aspectos y etapas del proceso arbitral, siendo regulado en defecto de éstas por los árbitros.

Las referencias a ambos tipos de arbitrajes en el presente artículo, tienen por única finalidad redondear la idea de la actuación de un AE en un arbitraje institucional, o si también es posible hacerlo en un arbitraje *ad-hoc*.

Sobre el particular, debemos señalar que en un sector de la doctrina y, en general, la figura del AE ha sido recogida en el arbitraje institucional a través de los reglamentos de los centros de arbitraje de importantes instituciones.

No obstante, como lo hemos indicado precedentemente, no existe disposición legal en contrario que impida que las partes, a través del

acuerdo expreso en el convenio arbitral, consideren a un AE con un procedimiento propio de actuación, y que para efectos de practicidad se encargue su designación a una institución arbitral o una cámara de comercio.

Ello se condice con el hecho de que en el arbitraje *ad-hoc*, son las propias partes quienes regularán todos los aspectos y etapas del proceso arbitral, por lo que, al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes, es totalmente probable que ellas establezcan la figura del AE en sus convenios arbitrales, debiendo tener en cuenta que en su incorporación se determinen los detalles necesarios para que el AE pueda actuar sin complicaciones.

Esta tarea de forma lógica, corresponde a un adecuado asesoramiento de las partes para que se obtenga una adecuada actuación del AE.

V. REGULACIÓN

En el ámbito internacional, el Reglamento de Arbitraje de la CCI, en vigor a partir del 1 de enero de 2012, provee un procedimiento de AE, previsto en su artículo 29 y regulado en el Apéndice V del Reglamento, que contiene las reglas de árbitro de emergencia y el procedimiento respectivo.

En el ámbito nacional, el Reglamento de Arbitraje de la CCL, ha recogido la figura del AE en su artículo 35, que señala:

- «1. Hasta antes de la constitución del tribunal arbitral, cualquiera de las partes que requiera medidas cautelares urgentes puede solicitar que se inicie un procedimiento ante un árbitro de emergencia (el «árbitro de emergencia»), quien conoce y resuelve la respectiva solicitud, según el procedimiento establecido en las «Reglas del árbitro de emergencia» (Apéndice I del Reglamento).

2. Las decisiones adoptadas por el árbitro de emergencia son vinculantes para las partes, quienes por el hecho de haber sometido la controversia a arbitraje bajo el Reglamento, se obligan a cumplirlas sin demora.
3. Se extingue la competencia del árbitro de emergencia por la constitución del tribunal arbitral.
4. El derecho de las partes de recurrir a un árbitro de emergencia no impide que cualquiera de ellas pueda solicitar a la autoridad judicial competente que dicte medidas cautelares.
5. Las disposiciones sobre el árbitro de emergencia no son aplicables en los siguientes supuestos:
 - a) Si el convenio arbitral fue celebrado con antelación al inicio de vigencia del Reglamento;
 - b) Si las partes del convenio arbitral han excluido previa y expresamente su aplicación; o
 - c) Si el Estado interviene como parte y no existe sometimiento expreso en el convenio arbitral al procedimiento del árbitro de emergencia, de manera adicional al sometimiento al Reglamento o a la administración del Centro».

De la lectura del artículo antes señalado, podemos evidenciar que se ha recogido el espíritu de la regulación realizada por el Reglamento de Arbitraje de la CCI, en su artículo 29.

Resaltándose que el Reglamento de Arbitraje de la CCL, ha incluido disposiciones relativas a la intervención del Estado como parte del arbitraje. Ello, dado que en nuestro país, en el caso de contrataciones del Estado, por disposición legal se determina que las controversias que se susciten en el marco de las mismas deben ser resueltas mediante arbitraje. A eso, sumamos que el arbitraje en contrataciones del Estado, es uno de los más importantes en términos de cantidad, y que lleva a que

la mayoría de instituciones arbitrales en el país, tenga un mayor número de procesos arbitrales en materia de contrataciones del Estado, que entre instituciones privadas.

VI. REGULACIÓN DEL AE EN EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CCL

El Reglamento de Arbitraje de la CCL, ha establecido reglas del AE, las cuales pasaremos a detallar, analizar y hacer apreciaciones críticas sobre aspectos que no se habría tomado en cuenta.

a) Solicitud de medida cautelar

El artículo 1 de las Reglas del AE (en adelante, RAE), regula los aspectos relativos a la solicitud y su contenido.

El numeral 2 del artículo en mención, señala que:

«La solicitud de medidas de emergencia debe contener:

- a) La información de contacto de las partes y de sus representantes.
- b) La medida cautelar o provisional que se solicita.
- c) La razón o las razones por las cuales el solicitante requiere que se dicte medidas cautelares urgentes.
- d) Una descripción breve de la controversia sometida o que ha de ser sometida a arbitraje.
- e) Una copia del convenio arbitral sobre cuya base se ha de resolver la controversia y del contrato del cual deriva dicha controversia».

Consideramos importante señalar que, si bien las RAE señalan que la parte solicitante puede presentar con su solicitud cualquier documento o información que estime pertinente para la debida y efectiva apreciación de la medida solicitada, debe tenerse en cuenta que el pedido de

una medida cautelar urgente, de forma independiente a que no exista regulación expresa en la LA sobre el particular, en términos estrictos, toda medida cautelar debe cumplir con los presupuestos, de apariencia de derecho, peligro en la demora, adecuación de la medida y de contracautela.

Por lo anterior, es necesario que exista un mínimo probatorio que permita evaluar el cumplimiento de dichos presupuestos, debiéndose adjuntar los medios probatorios necesarios para tal fin.

b) Notificación

El artículo 2 de las RAE, establece:

«La Secretaría notifica la solicitud y los documentos que la acompañen, a la otra parte o a las otras partes tan pronto como sea posible, siempre que la parte solicitante haya cumplido con lo dispuesto en el artículo 9(1) de este Apéndice y aprecie la existencia de un convenio arbitral que haga referencia al Reglamento o a la administración del Centro, a menos que considere más apropiado proceder a la constitución del tribunal arbitral para la subsecuente remisión de la solicitud respectiva».

Sobre el particular, consideramos que esta disposición debe considerar un plazo, teniendo en cuenta que se trata de una medida de urgencia, por lo que es necesario que la notificación de la medida se realice al día siguiente de presentada la solicitud de medida cautelar urgente.

Asimismo, vemos que es un despropósito condicionar la notificación de la solicitud al cumplimiento del pago de los costos del AE, dado que, como se puede ver en el numeral 5 del artículo 1 de las RAE, es un requisito de la solicitud que se acompañe el pago de los costos respectivos.

c) Nombramiento

El artículo 3 de las RAE, establece:

- «1. El Consejo nombra a un árbitro de emergencia seleccionado entre los que integran el Registro de Árbitros del Centro en el plazo de dos días luego de la recepción de la solicitud.
2. Una vez nombrado el árbitro de emergencia, la Secretaría le remite los antecedentes de la solicitud de medidas de emergencia y notifica a las partes del nombramiento. Desde ese momento, todas las comunicaciones escritas de las partes deben dirigirse al árbitro de emergencia, con copia al Centro y a las otras partes. De igual manera, debe copiarse al Centro toda comunicación dirigida por el árbitro de emergencia a las partes».

En relación, al presente artículo, consideramos que la notificación del nombramiento del AE a éste y a las partes, debe ser al día siguiente de su nombramiento por parte del Consejo de la CCL, cuestión que podría ser incorporada en el reglamento, dado que el presente articulado sólo determina el plazo para que el Consejo nombre al AE.

d) Deberes del árbitro de emergencia

El artículo 4 de las RAE, establece:

- «1. El árbitro de emergencia debe encontrarse disponible para el oportuno cumplimiento de su encargo y ser independiente e imparcial respecto de las partes.
2. Cuando sea nombrado, el árbitro de emergencia debe aceptar el encargo y suscribir una declaración de independencia e imparcialidad, la cual es enviada por la Secretaría a las partes.
3. El árbitro de emergencia no puede actuar como árbitro en ningún arbitraje relacionado con la controversia que haya dado origen a la solicitud».

Sobre el particular, consideramos que el AE, en sentido estricto, cumple las funciones de un árbitro común, por lo que le resultan aplicables los mismos deberes, sin distinción alguna.

Asimismo, la precisión efectuada por el numeral 3 del artículo antes señalado, es adecuado porque determina que el AE, que ya posee un primer alcance de la controversia y se ha formado un determinado criterio, pueda actuar en el arbitraje de fondo, de cierta manera, predispuerto a un criterio previamente formado por su actuación como AE.

e) Recusación

El artículo 5 de las RAE, establece:

- «1. Cualquiera de las partes puede recusar al árbitro de emergencia cuando exista duda justificada sobre su imparcialidad o independencia.
2. La recusación debe presentarse en el Centro dentro de los tres días después de recibida la notificación del nombramiento del árbitro de emergencia, o de que se tomó conocimiento de los hechos en que se funda, si dicho conocimiento es posterior a aquella notificación.
3. Recibida la recusación, la Secretaría debe dar al árbitro de emergencia y a las otras partes un plazo de tres días para formular sus comentarios. Cumplido este trámite, con o sin los comentarios del árbitro de emergencia o de las otras partes, la recusación es decidida por el Consejo lo antes posible, no estando obligado a expresar la causa o las causas de su decisión».

El artículo antes citado, establece un plazo de procedencia de la recusación (tres días después de recibida la notificación del nombramiento del árbitro de emergencia, o de que se tomó conocimiento de los hechos en que se funda, si dicho conocimiento es posterior a aquella notificación).

No obstante, no establece un plazo límite para ejercer la recusación dentro del procedimiento, para el caso en que la recusación sea por causal de conocimiento posterior. Esto es, por ejemplo, que no debería ser posible recusar al AE cinco días antes de la emisión de su decisión, lo que sería una buena opción para no dejar abierta la posibilidad de recusar al AE incluso cuando haya emitido su decisión.

Ello, en la medida de que en el arbitraje común, tanto en la LA como en los reglamentos de los principales centros de arbitraje, se establece que no es posible recusar al árbitro si ya se ha establecido el plazo para laudar.

Por otro lado, tenemos que una vez que las partes han expresado su posición sobre la recusación, el Consejo debe resolver la recusación. No obstante, no se ha establecido un plazo para esto, lo cual debe corregirse así como determinarse que la recusación debería ser resuelta en el plazo de tres días como máximo, desde que las partes han expresado su posición sobre la recusación.

Punto importante y preocupante, es que el Consejo no está obligado a expresar las razones de su decisión sobre la recusación planteada.

Si bien es entendible que la urgencia y el corto procedimiento que se ha establecido para el AE y su actuación determinan que se realicen actuaciones sumamente rápidas, a comparación del procedimiento común, esto no es óbice ni debe ser obstáculo para que las decisiones de la corte sean motivadas o expresen un razonamiento lógico y adecuado de los hechos de la recusación con la decisión tomada.

Recordemos que, independientemente de que se discuta sobre las teorías del arbitraje y su naturaleza, lo mínimo que se debe realizar es expresar las razones que determinaron la decisión del Consejo. No se pide que se desarrolle una extensa sustentación, sólo basta que se exprese las razones y una motivación concreta y suficiente; de lo contrario, estaríamos

vulnerando el derecho al debido proceso de las partes, cuestión que incluso sería motivo para que alguna de las partes pueda plantear acciones legales sobre el particular.

f) Conducción del procedimiento

El artículo 7 de las RAE, establece:

- «1. El árbitro de emergencia conduce el procedimiento de la manera que estime conveniente según la urgencia y naturaleza de la medida solicitada, resolviendo en el menor tiempo posible.
2. El árbitro de emergencia debe velar por que cada parte tenga una oportunidad razonable de presentar su posición en lo concerniente a la solicitud de medidas de emergencia».

En relación a la conducción del procedimiento, consideramos que en cierta aproximación con los arbitrajes internacionales y teniendo en cuenta la urgencia del procedimiento y su excepcionalidad, deberían realizarse las comunicaciones a y de las partes a través de la vía electrónica, usando los medios necesarios (resoluciones, disposiciones u órdenes procesales) para las comunicaciones de las partes y el AE.

g) Decisión sobre la solicitud

El artículo 8 de las RAE, establece:

- «1. La decisión debe ser dictada y notificada a las partes dentro de quince días contados a partir de la recepción de la solicitud y los documentos acompañados a ella por parte del árbitro de emergencia. Este plazo puede ser ampliado por acuerdo de las partes, por solicitud motivada del árbitro de emergencia o cuando el Consejo lo considere conveniente.

2. Toda decisión sobre medidas cautelares de emergencia debe ser motivada, fechada y firmada por el árbitro de emergencia, y consignar el lugar de su emisión.
3. La decisión expresa si la solicitud de medida de emergencia es admisible de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje y si el árbitro de emergencia tiene competencia para otorgar las medidas requeridas por la parte solicitante.
4. El árbitro de emergencia puede, en su decisión, someter el otorgamiento de la medida solicitada a las condiciones que estime apropiadas, incluyendo la constitución de garantías.
5. La notificación de la decisión se efectúa por cualquier medio que garantice una recepción pronta y segura por las partes.
6. Toda medida de emergencia, a solicitud fundada de cualquiera de las partes, puede ser revocada o modificada por el árbitro de emergencia si no se ha constituido el tribunal arbitral o por este una vez constituido.
7. Cesa la vigencia del procedimiento ante el árbitro de emergencia, y la decisión deja de ser vinculante, por las siguientes causas:
 - a) Por el hecho de no presentarse la solicitud de arbitraje dentro de los diez días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud de medidas de emergencia, salvo que el árbitro de emergencia determine que se requiere un período más extenso.
 - b) Por la aceptación por el Consejo de una recusación del árbitro de emergencia.
 - c) Por el desistimiento de la solicitud del arbitraje o la terminación del arbitraje antes de dictarse el laudo final».

Sobre la decisión del AE, es muy importante resaltar que la decisión debe tener el contenido mínimo de un laudo, esto es, una síntesis de la posición de las partes, la determinación de la medida o medidas cautelares urgentes, los considerandos o argumentaciones de la decisión del AE y, propiamente, la decisión debidamente establecida.

Cuestión previa es que las RAE determinan que la decisión también debe contener la admisibilidad de la medida y si el AE es competente para dictar las medidas solicitadas.

Por lo que, teniendo en cuenta lo señalado, la decisión debería contener mínimamente lo siguiente:

- Sometimiento al AE.
- Admisibilidad de la medida cautelar de urgencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la CCL.
- Competencia del AE para dictar las medidas solicitadas.
- Posición de las partes.
- Consideraciones o argumentaciones sobre la evaluación de la medida solicitada.
- Decisión.

Por otro lado, es preciso detallar que considerando que la actuación del AE termina con la constitución del tribunal arbitral o designación del árbitro único, resulta de vital importancia poner a conocimiento de las partes y del AE la constitución del tribunal arbitral para efecto de dar por terminada la actuación del AE, dejándose expresa constancia de esta situación en la comunicación que se haga a las partes y al AE.

h) Costos del procedimiento

El artículo 9 de las RAE, establece:

- «1. Al presentar la solicitud de medidas de emergencia, la parte que solicite medidas cautelares de emergencia debe pagar los costos del procedimiento establecidos para estos efectos en la Tabla de Aranceles del Centro. La solicitud no es procesada ni notificada hasta que el pago de los costos haya sido recibido por la Secretaría.
2. El Consejo, en cualquier momento durante el procedimiento, puede aumentar los costos consignados en la Tabla de Aranceles del Centro, tomando en consideración la naturaleza del caso, el trabajo realizado por el árbitro de emergencia o la Secretaría y otras circunstancias relevantes. Si la parte que presentó la solicitud no pagase los costos reajustados del árbitro de emergencia en el plazo otorgado por la Secretaría, la solicitud de medida de emergencia se archiva.
3. La decisión del árbitro de emergencia se pronuncia sobre los costos del procedimiento y determina qué parte los asume o, en su caso, en qué medida se distribuyen entre las partes. Para estos efectos, los costos incluyen los costos referidos en el artículo 9(1) de este Apéndice, los gastos de representación legal y otros costos razonables asumidos por las partes con ocasión del procedimiento de árbitro de emergencia.
4. Si el procedimiento de árbitro de emergencia no tuviese lugar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje, o si aquél terminare antes de la decisión, el Centro determina el monto a ser reembolsado a la parte solicitante y el monto que por concepto de arancel administrativo no se reembolsa».

En relación a los costos del procedimiento del AE, consideramos que si bien en todo proceso de arbitraje es posible y así se hace la reliquidación de los honorarios arbitrales, esto es, comúnmente a pedido del tribunal arbitral, y no se hace de oficio; en consecuencia, consideramos que si bien el más indicado para realizar dicha reliquidación es el Consejo, debe ser realizada únicamente a instancia de pedido del AE, no debiendo actuar de forma directa o discrecional.

i) Autoridad del Centro

El artículo 10 de las RAE, establece:

«Toda cuestión relativa al procedimiento de árbitro de emergencia no prevista o no regulada por las reglas de este Apéndice o por el artículo 35 del Reglamento, es resuelta por el Consejo y el árbitro de emergencia, según el espíritu del Reglamento y de este Apéndice».

Esta disposición es una cláusula general que permite regular todo aquello que se produzca en el trámite del procedimiento del AE, a consideración del AE y del Consejo.

Sin embargo, consideramos que ciertos aspectos, tales como, recusación en relación a las causales y reconsideraciones de determinadas decisiones del AE, se deben remitir a la LA o al Reglamento de Arbitraje de la CCL.

VII. NECESIDAD DE SU INCORPORACIÓN EN LA LEY DE ARBITRAJE

La LA no posee la figura del AE en su regulación, básicamente, porque esta figura cobró vigencia a partir del año 2010, y nuestra Ley data del año 2008.

No obstante, consideramos importante incorporar la figura del AE en la LA, a efectos de darle una regulación general y apropiadas y de obligatoria observancia.

Así, por ejemplo, podría darse la posibilidad de que, a través de su incorporación también se analice su aplicación a los arbitrajes *ad-hoc*. Es decir, se determine, en el caso de dichos arbitrajes, la entidad nominadora del árbitro de emergencia y se pueda regular un plazo fijo para la actuación del AE o se determine la procedencia de la recusación hasta, quizás, días antes de la emisión de la decisión del AE.

Resultaría de vital importancia y relevancia que estos aspectos sean materia de análisis e incorporación en la LA.

VIII. MEDIDAS QUE PUEDE DICTAR UN ÁRBITRO DE EMERGENCIA

Cabe señalar que el procedimiento de árbitro de emergencia fue concebido con el fin de que la parte que requiera medidas cautelares urgentes, que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral, pueda solicitarlas incluso antes de la presentación de la solicitud de arbitraje (a condición de que la presente dentro de los diez días siguientes); o bien con posterioridad a dicha solicitud.

Así, a manera de ejemplo, y teniendo en consideración la literatura sobre la materia, podemos señalar que, entre las medidas provisionales que puede emitir un AE, están:⁵

- (i) Órdenes para preservar el *status quo*.
- (ii) Órdenes que prohíban el agravamiento de la disputa de las partes.
- (iii) Órdenes que requieran la ejecución específica (*specific performance*) de obligaciones contractuales o de otra índole.
- (iv) Órdenes que requieran otorgamiento de garantía respecto de reclamaciones subyacentes.
- (v) Órdenes que requieran otorgamiento de garantía respecto de costos legales.
- (vi) Órdenes para la preservación o inspección de propiedades.

⁵ Ver, como ejemplos, GAILLARD, Emmanuel. *Anti-suit Injunctions in International Arbitration*. Nueva York: Jurispublishing Inc., 2005; CARDUCCI, Guido. «Arbitration, Anti-suit Injunctions and Lis Pendens under the European Jurisdiction Regulation and the New York Convention», en *Arbitration International*. Revista de la *London Court of International Arbitration* (LCIA), Londres: Kluwer Law International, 2011, vol. 27, n.º 2; en vez de, GORSKIE, Jennifer L., «US Courts and the Antiarbitration Injunction». En *Arbitration International*, Revista de la *London Court of International Arbitration* (LCIA), Law Kluwer International, London: 2012, vol. 28, n.º 2.

- (vii) Ejecución de obligaciones de confidencialidad.
- (viii) Órdenes de pago provisional.
- (ix) Órdenes de no demandar (*antisuit*). Asimismo, en la práctica arbitral, existen amplias discusiones en torno a las llamadas *anti-suit injunctions* y *anti-arbitration injunctions*.

Estas medidas, también aplicables a los procedimientos tradicionales, no necesariamente son las únicas que pueden ser concedidas por árbitros de emergencia, así como tampoco podría decirse que serían viables en todas las jurisdicciones.

Por otro lado, como señalábamos, en términos estrictos las medidas urgentes son medidas cautelares, por lo que se debe tener en cuenta algunos estándares para resolver el otorgamiento de dichas medidas. Tales estándares, según Born, son:

- (i) El riesgo de un daño irreparable o serio, en caso de no ordenarse la medida.
- (ii) La urgencia de la medida.
- (iii) La abstención de prejuzgar sobre el fondo del asunto al conceder la medida.
- (iv) La existencia de jurisdicción (facultades) para conceder la medida.

IX. CONCLUSIONES

De lo desarrollado en el presente artículo podemos resaltar las ventajas del AE y su incorporación en el Reglamento de Arbitraje de la CCL.

No obstante, es necesario que se incorpore esta figura en la LA y se determinen aspectos sustanciales, como plazo de actuación, recusación y otros, para que sea de observancia obligatoria y no se caiga en supuestos de arbitrariedad que, aparentemente, se justificarían en la urgencia del procedimiento.

Asimismo, es importante incorporar y tener en cuenta los aspectos desarrollados para realizar algunas modificaciones en el Reglamento de la CCI y, en caso las partes consideren conveniente incorporarlo en los arbitrajes *ad-hoc*, tengan en cuenta estas situaciones para que se dé una adecuada actuación del AE.

LA UTILIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS EN BRASIL

*João Alberto Santos de Oliveira**

Buenos días, muchas gracias. En primer lugar, agradezco a la doctora Karina Zambrano por la invitación. Retorno a este foro luego de dos años y, por supuesto, también a la asociación que ella dirige y la Cámara de Comercio de Cusco.

Bueno, me toca hablar acerca de la utilización de la mediación en la resolución de conflictos en Brasil.

La justicia brasileña tiene hoy un stock de 110 millones de procesos en tramitación. Entonces, para disminuir esa cantidad de procesos, el Gobierno Brasileño viene estimulando la utilización de otros métodos de solución de conflictos, más allá del proceso judicial. Esos métodos son la negociación, conciliación, mediación, arbitraje y la justicia restaurativa.

En 2015 fue publicada la Ley de Mediación (Ley n.º 13.140), como también el Nuevo Código de Proceso Civil (Ley n.º 13.105), que

* João Alberto Santos de Oliveira, abogado, profesor universitario, pos graduado en Derecho procesal civil, mediador graduado por DEFAMILIA/MEDIARAS (Argentina), expresidente de La Comisión de Mediación, Conciliación y Arbitraje de la Orden de los Abogados del Brasil (OAB), seccional Sergipe, expresidente del Instituto Brasileiro de Derecho de Familia (IBDFAM-SE) y Presidente del ISAM-Instituto Sergipano de Arbitraje y Mediación. Autor de los libros: «*Métodos adecuados de resolución de conflictos: una perspectiva en Brasil*» y «*Paso a Paso la Mediación: dentro de una mirada sistémica*».

vienen a estimular a las partes involucradas a buscar otros medios de solución del conflicto, más allá del judicial. La principal finalidad de la Ley es la reducción de los procesos judiciales y evitar la judicialización de los conflictos.

Aun, una innovación en la resolución de conflictos en Brasil es la utilización de la técnica de la premediación, que es una preparación y orientación de las partes y los abogados para el día de la audiencia de mediación, donde el mediador presenta las ventajas cuando se llega a un acuerdo. Muchas veces, las partes llegan a esa primera audiencia con la intención de encontrar una solución para la controversia.

Un nuevo derecho se desarrolla en Brasil, el derecho sistémico. El terapeuta alemán, Bert Hellings, fue quien dio nombre a esta técnica y quien tuvo sus primeras experiencias en África, donde verificó la conexión existente entre las personas dentro de un grupo, sea en la familia o en la comunidad, las mismas fueran verificadas en una tribu que él visitó, la tribu Zulu. Esa técnica quedó conocida como «constelaciones familiares o sistémicas». Hoy su trabajo está diseminado por diversos países en el mundo y han ayudado a muchas personas a entender mejor la vida.

La «constelación sistémica» es una nueva herramienta que está siendo implantada y utilizada por la justicia brasileña, para ayudar a solucionar los conflictos antes o durante el proceso judicial. El juez o mediador, verificando el problema que, para llegar a una solución, puede sugerir a una o a todas las partes involucradas, a participar de una reunión de constelación sistémica, que también podrá ser llamada de «vivencia, actividad o ejercicio», para que los participantes vean el litigio con otra mirada.

En Brasil, un juez del Estado de Bahía, Sami Storch, comenzó a introducir la técnica en los procesos judiciales que tramitaban bajo su coordinación. Él escogió algunos procesos en el área de familia e invitó a las partes involucradas a participar de una reunión de vivencia familiar

(nombre que él mismo le dio a esta reunión). A pesar de cometerse litigios relacionados a la familia, inicialmente, esta técnica tuvo un resultado tan sorprendente, que se aplicó en otros tipos de conflictos, como, por ejemplo, en los conflictos en el área criminal.

En 2012 y 2013, la técnica se llevó a los ciudadanos involucrados en acciones judiciales en la Vara de la Familia del municipio de Castro Alves, a 191 km. de El Salvador. La mayor parte de los conflictos se referían a la custodia de los hijos, alimentos y divorcios. Fueron seis reuniones, con tres casos «constelados» por día. De las noventa audiencias de los procesos en los cuales, por lo menos, una de las partes participó de la vivencia de constelación, el índice de conciliaciones fue de 91%; en los demás, fueron de 73%. En el proceso en que ambas partes participaron de tal constelación, el índice de acuerdos fue de 100%.¹

Las constelaciones familiares se utilizaron en las relaciones que tienen que ver con familia; pero, como se verificó que esta herramienta podría utilizarse en otras áreas, se le dio el nombre de «constelación sistémica». Por ello, el juez Sami Storch creó el término derecho sistémico, y abrió una nueva dinámica para la aplicación del derecho.

¿Qué es constelación sistémica? Es una técnica que puede aplicarse cuando una persona está en conflicto con otra o con ella misma, ayudándola a tener una nueva mirada respecto a lo que ella está pasando y el porqué de su comportamiento. La constelación sistémica puede ser conjunta, realizada a través de una reunión con un grupo de personas que pueden representar los miembros de la familia, o individual, y puede darse el caso, de utilizar muñecos para representarlos.

La constelación es un fenómeno que ocurre a través de la transferencia de energía entre el constelado y los representantes, que «...trabaja,

¹ Disponible en: <http://www.verbojuridico.com.br/blog/juiz-tecnica-alema/>. Acceso en: 8 marzo 2017.

principalmente, las emociones y energías inconscientes que influyen en nuestras decisiones».²

Es evidente que vivimos en un sistema abierto que, por cuenta de los enmarañamientos, estamos vinculados a nuestra familia, actual y pasada, así como también, sujeto a la inclusión y exclusión de personas que participan en nuestra vida. Para comprender y colocar el sistema en orden, Bert Hellinger investigó las leyes existentes en la naturaleza, denominándolas de «órdenes del amor» que son: a) el derecho de pertenecer; b) la jerarquía; c) el equilibrio.³

Tales órdenes pueden ser aplicadas por cualquier persona o familia que tenga como objetivo llevar una vida saludable, armoniosa y, sobre todo, sin conflictos.

La constelación sistémica puede ser aplicada en diversos tipos de conflictos, por ejemplo, de conflictos entre: familias, empresas, en la escuela, vecinos, casos de crímenes, etc.

En Brasil, trece Estados (provincias) ya utilizan constelación sistémica en los tribunales, para ayudar en la resolución de conflictos, con salas específicas y personas entrenadas para conducir la reunión. Pero, otros Estados están, también, en fase de implantación de la técnica.

Muchas gracias.

² Disponible en: <https://constelacaosistemica.wordpress.com/>. Acceso en: 4 febrero 2017.

³ HELLING, Bert. «Órdenes del amor». *Una guía para trabajo con constelaciones familiares*. São Paulo: Cultrix, 2007, pp. 36-37-39.

LA NEUTRALIDAD DE OSITRAN. ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL «TERCERO COADYUVANTE» EN LA NUEVA LEY DE APP'S

*Sandro Espinoza Quiñones**

Imaginemos a un conciliador; un conciliador que trata de generar un acuerdo entre dos partes para celebrar un contrato que cumpla con los intereses de ambos. Una de las partes tiene un interés público y el otro, un interés patrimonial. El conciliador, en una ardua labor, procura que el interés público se vea garantizado, por lo cual, propone una serie de mecanismos para asegurarse de que así sea; por ejemplo, penalidades que él mismo aplicará en caso de incumplimiento. Por otro lado, el Conciliador procura, de la misma manera, que el interés patrimonial de la otra parte se vea resguardado, por lo que diseña un mecanismo que genera que esta parte no gane más ni menos rentabilidad de lo que se debe ganar en una situación normal de mercado. Así llegan a un acuerdo justo.

Imaginemos, además, que llegado el acuerdo, surge la primera controversia entre las partes y, por ende, acuden al conciliador para que la resuelva, pues él, mejor que nadie, conoce los intereses de ambos y velará por un equilibrio justo. Analizado el caso, el conciliador opina

* Asociado de DLA Piper Pizarro Botto Escobar. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudios de postgrado en arbitraje comercial internacional y arbitraje de inversión en *Washington College of Law- American University*. Estudios en la Maestría en Regulación de Servicios Públicos en Infraestructura de la Universidad del Pacífico y en el Master en Gestión de Infraestructura de la Universidad Politécnica de Cataluña-Barcelona. Árbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción.

que se ha vulnerado el interés público, pero no sólo ello, sino que decide que irá hasta los tribunales a «coadyuvar» a la parte, supuestamente, perjudicada. Siendo así, una de las partes termina, finalmente, litigando contra su contraparte; y, además, contra el conciliador.

Este escenario, que quizá resulta impensado e irrazonable, es lo que exactamente sucede cuando Ositran solicita coadyuvar al concedente en un arbitraje seguido por un concesionario. Traslademos el imaginario caso a la realidad.

Como sabemos, Ositran es el organismo regulador de las concesiones en infraestructura de transporte de uso público. Una de las tareas más importantes de Ositran es fijar el denominado «costo de capital»; es decir, considerando que estamos ante servicios regulados, debe procurar, mediante la fijación de tarifas, que el concesionario no obtenga beneficios extraordinarios (en regulación, los beneficios extraordinarios deben ser igual a cero), pero que tampoco obtenga una rentabilidad por debajo de la esperada (la rentabilidad esperada debe ser igual al costo de capital).

Por otro lado, debe asegurarse de que el interés del concedente; es decir, el interés público, se vea resguardado y uno de los mecanismos para asegurarse de ello, es la aplicación de penalidades contractuales ante incumplimientos del Concesionario. Ambos intereses siempre deben estar en equilibrio y el actuar del regulador, como veremos más adelante, debe ser siempre neutral.

No obstante, con la dación del Decreto Legislativo n.º 1224 (Ley de APP's), Ositran ha dejado de ser neutral en su participación en los contratos de concesión y ha pasado a tener la posibilidad de participar como tercero coadyuvante del concedente en un arbitraje seguido por un Concesionario. En efecto, el artículo 23.1 del referido Decreto señala lo siguiente:

«(...) La entidad pública debe garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales para coadyuvar con el debido patrocinio del Estado. El árbitro o tribunal arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores [...]».

El dilema sobre si Ositran puede o no participar en un arbitraje coadyuvando al Concedente, desde hace varios años, ha sido objeto de diversos debates académicos y de numerosos artículos de opinión, los cuales han analizado la disyuntiva desde un enfoque netamente arbitral. No obstante, poco se ha desarrollado, a partir de un análisis de las funciones de Ositran y su propia naturaleza, en torno a si es posible que coadyuve a una de las partes (al concedente) o si, por el contrario, debe mantenerse en todo momento neutral con ambas partes.

Años atrás Ositran dio una dura pelea, incluso a nivel constitucional a través de diversas acciones de amparo, reclamando su participación activa en este tipo de arbitrajes, en los cuales consideraba que tenía un interés propio en la controversia o incluso, que sus funciones como regulador podían verse en un riesgo eminente. El debate en este escenario se circunscribía a la aplicación o no del artículo 14° del Decreto Legislativo n.º 1071 —decreto legislativo que norma el arbitraje—, el cual regula la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, considerando que en este tipo de controversias Ositran no tenía un convenio arbitral suscrito con el concesionario.

No obstante, debemos decir que, en esta dura pelea, Ositran ha ganado, al menos normativamente con la dación de la nueva Ley de APP's. A pesar de ello, si bien pareciera que el debate estaría zanjado, resulta positivo analizar si la referida disposición desnaturaliza o no las funciones de Ositran. La Ley de APP's otorga al regulador la calidad de coadyuvante del Estado. Según el artículo 97 del Código Procesal Civil, la intervención coadyuvante se define de la siguiente manera:

«Quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante de ella.» (El subrayado es nuestro)

Ante ello nos preguntamos, ¿de qué manera Ositran puede verse afectado desfavorablemente en el supuesto que un tribunal arbitral se pronuncie sobre aspectos netamente contractuales en la relación concesionario – Concedente?

Hasta el momento no podemos visualizarlo. Advertimos que no nos colocamos en el supuesto de que el concesionario esté planteando un reclamo que implique un menoscabo en las funciones inherentes de Ositran (funciones que emanan de la ley), pues en ese caso estaríamos ante materia no arbitrable; y, por ende, sería objeto de un análisis distinto al presente.

Entonces, si ése no es el escenario, ¿cuál es la necesidad de «coadyuvar» al concedente en una controversia que deriva del contrato de concesión? Lo que generalmente argumenta Ositran es la necesidad de participar en el arbitraje para que el tribunal arbitral pueda contar con todos los elementos de juicio a su disposición. Sobre el particular, ya se ha señalado en diversos debates que nada obsta para que Ositran pueda participar en un arbitraje en calidad de testigo o la figura que el tribunal arbitral considere conveniente. No obstante, en la presente ocasión no nos enfocaremos en el análisis arbitral, sino en analizar si las funciones de Ositran se están viendo desnaturalizadas.

Según el artículo 3° de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo (Ley n.º 26917):

«La misión de OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito.» (El énfasis y subrayado es nuestro)

Como se podrá observar, la misión de Ositran es cautelar en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios. Por lo tanto, debemos concluir que, según la misión de Ositran, no podría intervenir en un arbitraje coadyuvando a una de las partes (al Estado Peruano), pues debe cautelar los intereses incluso del propio inversionista. En ese escenario, podríamos concluir que cuando Ositran solicita a un tribunal arbitral ingresar a un arbitraje como tercero coadyuvante del concedente, estaría contraviniendo su propia misión, la cual ha sido establecida por ley.

Otra muestra de la imparcialidad con la cual Ositran está obligado a actuar es el inciso p) del artículo 7 de la Ley antes mencionada, el cual señala como una de sus funciones:

«p) Cautelar el acceso universal en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura.» (El énfasis y subrayado es nuestro)

Por lo tanto, ¿coadyuvar a una de las partes del contrato de concesión es una muestra de la imparcialidad y neutralidad con la cual debe actuar en todo momento Ositran? A partir de un análisis de las funciones y de la propia misión de Ositran, consideramos que no. Es por ello que el análisis respecto a la intervención o no de Ositran en este tipo de arbitrajes no debe circunscribirse a la clara vulneración de la Ley de Ar-

bitraje que no permite la intervención de «terceros coadyuvantes», salvo partes no signatarias, sino que debe analizarse desde su real naturaleza, es decir, desde las funciones que tiene Ositran (que están establecidas por ley) y su principal característica: ser neutral ante el inversionista, el concedente y el usuario.

Lamentablemente, debemos concluir que los redactores de la Ley de APP's, en lo que a solución de controversias concierne, han cedido a las presiones, políticas o no, del organismo regulador, sin hacer un análisis técnico - normativo - funcional de todas las implicancias que genera que participe en un arbitraje, cuyo resultado (laudo) no le va a alcanzar. Esta falencia ha generado que la norma exponga una contradicción abierta en la real naturaleza funcional de los organismos reguladores.

No obstante, se tiene la confianza que el debate no está zanjado, siendo responsabilidad de los principales actores del arbitraje en derecho regulatorio de, a través de la correcta práctica arbitral y regulatoria, generar la elaboración de un marco normativo acorde con la real naturaleza de todos los actores involucrados en este tipo de proyectos.

Ahora bien, cabe hacerse la pregunta de por qué Ositran intenta ingresar a un arbitraje en el cual las partes son el Concesionario y el Concedente. Ositran, en la mayoría de ocasiones, solicita su incorporación como tercero coadyuvante cuando la materia controvertida es alguna penalidad contractual que haya impuesto en el marco de un contrato de concesión.

Para Ositran, las penalidades que impone, independientemente devengan de la ley o del contrato, tienen naturaleza administrativa y, por lo tanto, serían materia no arbitrable. Analicemos dicha premisa.

En primer lugar, resulta importante distinguir las multas administrativas de las penalidades contractuales o «cláusulas penales». Sarmiento ha escrito al respecto que las cláusulas penales *«no son, desde luego,*

las multas que disciplinariamente el Concedente impone al Concesionario, en virtud de su facultad 'ius imperium', como medida coercitiva, con el objeto de asegurar la prestación regular del servicio[...]». Las multas son de origen legal, en el sentido de que son unilateralmente determinadas y aplicadas, agregando que: «Es obvio advertir que la multa debe ser aplicada en un procedimiento regular, en decisión motivada, y debe ser de monto razonable».¹ A diferencia de ellas, las penalidades contractuales son reflejo de una cláusula penal de naturaleza civil, no tienen origen propiamente «legal» sino contractual.

La revisión del marco teórico y principalmente la diferenciación entre ambos instrumentos resulta importante, pues se trata de mecanismos que a simple vista podrían confundirse en la relación concedente-concesionario, en el marco de un contrato de concesión de infraestructura de transporte de uso público.

Sin embargo, como señalaré a continuación, la concepción, los fines y las características de un régimen de penalidades son distintos, en comparación con el régimen administrativo sancionador. En ese sentido, la eventual confusión al momento de caracterizarlos en el contrato de concesión o al momento de aplicarlos por parte de la administración pública, podría tener consecuencias negativas.

Ahora bien, la penalidad es una figura jurídica que surge en el derecho civil, como un mecanismo por medio del cual las partes de un contrato establecen, de forma anticipada las consecuencias de su incumplimiento parcial o total, o del retraso de la ejecución de las obligaciones asumidas. Por lo general, la penalidad implica el pago de un monto dinerario.

No obstante, la lógica de la potestad sancionadora es completamente distinta. En términos simples, la potestad sancionadora de la admi-

¹ SARMIENTO, Jorge. «*Concesión de servicios públicos*». Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 1999, p. 233.

nistración pública y el régimen administrativo sancionador constituyen la competencia conferida por la ley al Estado para sancionar o castigar a los particulares, incluyendo a entidades públicas y funcionarios públicos en determinados casos, ante la comisión de conductas no deseadas o que el ordenamiento legal pretende evitar.

En este punto, considero importante resaltar que la imposición de sanciones por parte del Estado debe ser totalmente objetiva y no encontrarse sujeta a discrecionalidad o arbitrariedad, debiendo seguirse el procedimiento establecido a fin de salvaguardar el derecho de defensa y debido procedimiento de los sujetos a quienes se imputa la comisión de un incumplimiento tipificado. Además, dichas conductas, denominadas técnicamente como infracciones administrativas, deben encontrarse tipificadas con propiedad de manera previa a su comisión.

Así, una conducta es sancionable cuando se encuentra expresamente delimitada y considerada como un incumplimiento dentro de nuestro ordenamiento. El sentido de esta exigencia radica en que se debe eliminar por completo, o en la medida de lo posible, cualquier vaguedad de la norma en torno a las conductas sancionables, pues ello puede conducir a la configuración de arbitrariedades al sancionarse conductas que no hubiesen estado previstas por ley.

No obstante, analicemos las diferencias del régimen de penalidades que devienen de un contrato respecto de aquéllas que devienen del régimen administrativo sancionador.

En primer lugar, el régimen de penalidades tiene un origen contractual o consensuado entre las partes de un contrato —el concedente y el concesionario—, en el marco de un contrato de concesión de infraestructura de uso público. Si bien la penalidad es una figura reconocida legalmente, en última instancia, su inclusión en un contrato depende del consenso de las partes.

En cambio, el régimen administrativo sancionador o la potestad sancionadora, entendida como la competencia de una entidad pública para tipificar determinadas conductas como infracciones administrativas e imponer sanciones, no depende de la voluntad de las partes sino de la ley. La potestad sancionadora del Estado se origina o fundamenta en el *ius puniendi*, es decir, en la atribución inherente del Estado para castigar.

En segundo lugar, el régimen de penalidades tiene como finalidad determinar anticipadamente, la cuantificación de la indemnización que pudiera corresponder ante el daño generado por un incumplimiento del contrato. De otro lado, el régimen administrativo sancionador, tiene como función la de castigar a los particulares por la comisión de una conducta no deseada o repudiada por el ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, en vista de que el régimen de penalidades tiene su origen en la voluntad de las partes, bien se puede establecer un procedimiento contractual para su aplicación. En el caso de los contratos de concesión de infraestructura de uso público, el texto del contrato puede determinar el procedimiento, modo y oportunidad de aplicación de penalidades. En cambio, el régimen administrativo sancionador responde a procedimientos y pasos previstos en la ley. No son, pues, de libre disposición para las partes de un contrato, ya que el Estado ejerce dicha potestad en virtud de un mandato legal.

En cuarto lugar, y es sin duda el punto más importante, los conflictos generados por la aplicación de penalidades son susceptibles de ser sometidos a los mecanismos de solución de controversias previstos en el propio contrato, en el presente caso a un arbitraje.

No obstante, a pesar de la claridad de ambos regímenes, procederé con mencionar algunos casos en los cuales Ositran ha aceptado expresa-

mente que las penalidades que aplica por incumplimientos contractuales, son de naturaleza civil y no administrativa.²

El caso de Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A.

La Sociedad Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A. es la sociedad concesionaria del Tramo 3 de la carretera IIRSA Sur (Corredor Vial Interoceánico Sur que conecta al Perú con Brasil), comprendido entre Inambari e Iñapari (Madre de Dios), en virtud del contrato de concesión suscrito el 4 de agosto de 2005.

En el mes de agosto de 2014, con Oficio n.º 4627-2014-GSF-OSITRAN, se aplicó al concesionario una penalidad de US\$ 8,000.00 por haber incurrido en un retraso en la entrega del informe ambiental correspondiente al primer semestre de iniciada la explotación de la concesión. Este incumplimiento se encuentra previsto en la tabla de penalidades del contrato de concesión.

Mediante el Informe n.º 2393-2014-GSF-OSITRAN que sustenta la penalidad aplicada mediante Oficio N° 4627-2014-GSF-OSITRAN, el cual establece expresamente lo siguiente:

«3.9 Asimismo, las penalidades se ejercitan dentro de las potestades administrativas de dirección, inspección y control de las que dispone la administración pública en los contratos que celebra y como una forma de garantizar el interés público. En esa línea de razonamiento, las consecuencias de una cláusula penal en un contrato no constituye la manifestación del derecho sanciona-

² Los casos presentados han sido desarrollados en la tesis: «Evaluación del régimen de penalidades en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público». Trabajo de Investigación presentado para optar al grado académico de Magíster en Regulación de Servicios Públicos y Gestión de Infraestructuras de la Universidad del Pacífico. Elaborada por los señores César Augusto Borda Gonzales, Juan Carlos Juárez Quichíz y Gwynn Sánchez Yaringaño.

dor, entendida ésta como el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, toda vez que la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil, en la que se predica el principio de presunción de culpa en el contratante que no cumple lo pactado o incurre en algún defecto en su cumplimiento (sic)» (Ositran 2014).(El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, Ositran confirma que una penalidad contractual tiene naturaleza civil; y, por lo tanto, es arbitrable.

El caso de la Concesionaria Vial del Sol S.A.

Concesionaria Vial del Sol S.A. (en adelante, Covisol) es la sociedad concesionaria de la Autopista del Sol, comprendida entre Trujillo y Sullana, en virtud al contrato de concesión suscrito el 25 de agosto de 2009.

En el mes de febrero del 2015, con Oficio n.º 1151-2015-GSF-OSITRAN (sustentado en el Informe n.º 0583-2015-GSF-OSITRAN) se dispuso la aplicación de una penalidad de US\$ 5,000.00 al concesionario por haber incumplido especificaciones y medidas establecidas en su Estudio de Impacto Ambiental, así como por haber depositado material excedente (de trabajos de corte) en una zona no aprobada por el concedente como depósito de material excedente (DME), incumplimiento que se encuentra contemplado en la tabla de penalidades del contrato de concesión.

Si bien Covisol impugnó la penalidad ante Ositran (según lo previsto en su contrato de concesión), mediante Oficio N° 105-2015-GG-OSITRAN, éste fue desestimado por la gerencia general.

No obstante, en el Informe N° 0583-2015-GSF-OSITRAN que sustenta la aplicación de la penalidad a Covisol, mantiene la postura revisada en el caso del Tramo 3 de la carretera IIRSA Sur, al insistir en

que «[...] la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil», según reproducimos a continuación:

«3.16 Asimismo, las penalidades se ejercitan dentro de las potestades administrativas de dirección, inspección y control de las que dispone la Administración Pública en los contratos que celebra y como una forma de garantizar el interés público. En esa línea de razonamiento, las consecuencias de una cláusula penal en un contrato no constituye la manifestación del derecho sancionador, entendida ésta como el ejercicio del ius puniendi del Estado, toda vez que la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil, en la que se predica el principio de presunción de culpa en el contratante que no cumple lo pactado o incurre en algún defecto en su cumplimiento (sic)» (Ositran 2015b). (El subrayado es nuestro)

Como se puede apreciar, Ositran confirma nuevamente que una penalidad contractual tiene naturaleza civil y, por lo tanto, es arbitrable.

El caso Empresa Transportadora Callao S.A.

La Empresa Transportadora Callao S.A. (en adelante, ETC) es la sociedad concesionaria del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao, en virtud del contrato de concesión suscrito el 28 de enero de 2011.

En el mes de junio de 2013, con Oficio n.º 2762-13-GS-OSITRAN, se dispuso la aplicación de una penalidad al concesionario de S/ 296,000.00 (80 UITs, según valor de dicho año), por haber ejecutado obras sin contar con la aprobación de los expedientes técnicos por parte de la Autoridad Portuaria Nacional (APN), incumplimiento que se encuentra contemplado en la tabla de penalidades del contrato de concesión. Si bien el concesionario impugnó la penalidad ante el Ositran, mediante Oficio n.º 267-13-GG-OSITRAN, esta impugnación fue desestimada.

En dicha oportunidad, mediante Informe n.º 040-13-GAL-OSITRAN se fundamentó la facultad del organismo regulador de imponer o aplicar penalidades, así como el reconocimiento de la naturaleza contractual de las mismas. Reproducimos la parte pertinente:

«18. Cabe tener presente que el Contrato de Concesión contiene disposiciones de carácter particular que han sido pactadas entre Concesionario y Concedente, en el ámbito de una relación contractual, surgida dentro del régimen especial de concesiones de infraestructura de servicios de uso público. Por ello, por su propia naturaleza, la penalidad está sujeta a un régimen de tipo contractual y no por normativa de carácter general, aunque sí estén respaldadas por la normativa especial en concesiones de infraestructura de servicios públicos, por lo que su impugnación se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en el Contrato de Concesión (sic)» (Ositran 2013). (El subrayado es nuestro)

Como se puede apreciar, Ositran confirma nuevamente que una penalidad contractual tiene naturaleza civil; y, por lo tanto, es arbitrable.

Por lo tanto, considero que al día de hoy el debate respecto a la arbitrabilidad de las penalidades impuestas por Ositran debería estar zanjado, no obstante, en la práctica, podemos observar que Ositran insiste en cuestionar la competencia de los tribunales arbitrales y la arbitrabilidad de la materia controvertida cuando se discute, vía arbitral, alguna penalidad impuesta.

PRINCIPALES MODIFICACIONES AL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

*Ricardo Gandolfo Cortés**

Rápida revisión de las más importantes reformas que se han introducido en la normativa sobre compras públicas, con el objeto de poner en vigencia el Decreto Legislativo n.º 1341, que modificó la Ley n.º 30225.

El Decreto Supremo n.º 056-2017-EF que modifica el Reglamento de la Ley n.º 30225 de Contrataciones del Estado, fue publicado el domingo 19 de marzo y entró en vigencia el 3 de abril. Los cambios afectaron a 164 artículos de un total de 253, lo que representa un 64.82%. También afectaron a seis disposiciones complementarias finales, dos transitorias y dos definiciones.

Para el dato estadístico cabe anotar que el Decreto Legislativo 1341 modificó cuarenta de un total de sesintidós artículos de la ley, afectando, por tanto, al 64.5 por ciento de su texto. Eso significa que el Reglamento se ha reformado prácticamente en idéntica proporción en la que se ajustó la ley. Justo es señalar, sin embargo, que gran parte de estos cambios han sido mínimos. Una gran mayoría se deben a la supresión del valor estimado, que ya no existe y que constituye uno de los aciertos pequeños pero trascendentes de esta última reforma. Otro buen

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, experto en contratación pública. Autor del proyecto de la primera Ley de Contrataciones del Estado y coautor de su Reglamento. Es árbitro, conferencista y consultor internacional, catedrático y director de la Asociación Peruana de Consultoría. Editor del semanario electrónico *Propuesta* (www.edicionespropuesta.blogspot.com).

número se debe a la nueva metodología que introduce la figura de los numerales para ordenar mejor todos los artículos.

El segundo promedio para adjudicar contratos de ejecución y consultoría de obras

Una de las modificaciones más importantes es aquella que personalmente he solicitado reiteradamente para que se incorpore el segundo promedio en la adjudicación de los contratos de ejecución y consultoría de obras, a efectos de no asignar el más alto puntaje económico a la oferta más baja, sino a la propuesta más próxima a los valores del mercado.

El Decreto Legislativo n.º 1341 cometió el error de cambiar radicalmente el derecho que le asiste a la entidad de rechazar ofertas. El artículo 28.1 de la Ley de Contrataciones del Estado varió ligeramente, es cierto. El que varió radicalmente fue el 28.2.

En efecto, para la contratación de bienes y servicios la entidad puede rechazar toda oferta que se encuentre por debajo del valor referencial si llega a la conclusión de que lo más probable es, a juzgar por las razones objetivas encontradas, que el postor que la haya presentado no pueda cumplir con sus obligaciones, luego de haberle solicitado que explique en detalle las características y la composición de su oferta. Tanto el rechazo como la admisión deben encontrarse debidamente fundamentados.¹

La entidad también puede rechazar una oferta que supere la disponibilidad presupuestal y que se encuentre por encima del valor referencial luego de haber realizado las gestiones para incrementarla y no haya tenido éxito.²

¹ Ley de Contrataciones del Estado, modificada por el Decreto Legislativo n.º 1341, artículo 28, numeral 28.1, primera parte.

² *Ibid.*, artículo 28, numeral 28.1, segunda parte.

La posibilidad de desechar propuestas ruinosas por consignar montos manifiestamente insuficientes para atender los requerimientos, no termina de armarse adecuadamente porque la propia ley le pone condiciones de difícil cumplimiento y porque el Reglamento complica aún más la situación, al preceptuar que en el caso de bienes, servicios y consultorías en general, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones debe solicitarle al postor que presente, en el curso de dos días, la descripción a detalle de todos los elementos constitutivos de su oferta y demás información que sea pertinente.³

El Reglamento considera como razones objetivas de un eventual incumplimiento, la presentación de una oferta por un monto sustancialmente por debajo del valor referencial o la presentación de una oferta que no incorpore alguna de las prestaciones requeridas o, habiéndola incorporado, no se encuentre suficientemente presupuestada.⁴ Le faltó definir, cuando menos, lo que significa «sustancialmente por debajo del valor referencial.»

Lo tendrá que hacer el OSCE, para no dejarlo en manos de quienes no se encontrarán muy dispuestos a ejercer una atribución que les puede generar un proceso de determinación de responsabilidades, iniciado por sus propios órganos de control interno, destinado a escrudiñar los motivos por los que habrían desechado ofertas económicamente menos onerosas —y por eso mismo supuestamente más favorables— para la entidad.

Los funcionarios públicos saben de sobra que esa investigación escala rápidamente sus niveles y llega, más temprano que tarde, hasta el Poder Judicial y se convierte en un juicio que los persigue hasta bien entrada la jubilación. Como no quieren eso y como los proveedores se pondrán como gato panza arriba para justificar sus precios, en el enten-

³ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Supremo n.º 056-2017-EF, artículo 47, numeral 47.1, primer párrafo.

⁴ *Ibid.*

dido que de ello depende la adjudicación, las autoridades no tendrán otra salida que otorgarles la buena pro a riesgo de que la prestación termine mal o no termine nunca.

En ejecución y consultoría de obras son devueltas las ofertas que se presenten, por montos que excedan el valor referencial en más del diez por ciento, con lo que se hace una abierta distinción respecto de bienes y servicios para los que en principio no hay ningún tope, pero su procedencia está condicionada al fracaso de las gestiones para obtener la disponibilidad presupuestal de la que se adolece.⁵

Obviamente las propuestas por montos que se encuentren por encima del valor referencial, pero por debajo del límite hasta donde éstas se admiten, están en ese mismo caso, condicionadas a que se consiga la disponibilidad presupuestal.⁶

La novedad de la última reforma es que las otras propuestas, las que se formulen por el mismo monto del valor referencial y por debajo del él, no quedan en carrera. Ellas también pueden ser desechadas si es que terminan por debajo «en un veinte por ciento (20%) del promedio de todas las ofertas admitidas, incluido el Valor Referencial.»⁷ ¿Qué significa esto?

Después de haberse desechado a las de montos superiores al ciento diez por ciento, se hace un promedio entre las que siguen en la competencia, incluido nuevamente el valor referencial. Se saca el 80% y todas las que están por debajo de esta nueva cifra deben ser automáticamente rechazadas. Esta fórmula reemplaza al tope mínimo del noventa por ciento que existía hasta el 3 de abril de este año 2017.⁸

⁵ Ley de Contrataciones del Estado, modificada por el Decreto Legislativo n.º 1341, Artículo 28, numeral 28.2, primera parte.

⁶ *Ibid.*, Artículo 28, numeral 28.2, segunda parte.

⁷ *Ibid.*, Artículo 28, numeral 28.2, última parte.

⁸ Fecha en que entró en vigencia el Decreto Legislativo n.º 1341.

No hay que ser zahorí para adivinar que con esta fórmula, así expuesta, se corre el riesgo de terminar adjudicando la ejecución y la consultoría de obras a las ofertas más bajas que se presenten. Basta que se presenten algunos postores con montos notoriamente inferiores al valor referencial para que empujen la nueva valla hacia abajo en ocasiones a niveles tan diminutos que ninguna o muy pocas ofertas queden afuera, con lo que la puntuación económica favorecerá ampliamente a esas propuestas ruinosas, manifiestamente insuficientes para el desarrollo del encargo.

Imaginemos un ejemplo práctico. Un proceso de selección en el que se presentan seis postores con montos que representen los siguientes porcentajes respecto del valor referencial: 90, 80, 70, 60, 50 y 40. La sumatoria de esas seis cifras más el mismo valor referencial da 490. Ese monto dividido entre siete da 70. El 80 por ciento de 70 es 56. Se eliminan quienes están por debajo de ese 56, es decir, las dos propuestas de montos más bajos. Pero, se quedan las que ofertaron 60, 70 y 80, con grandes posibilidades de que sea adjudicado el postor de la oferta más baja, habida cuenta de que el sistema de calificación le otorgaba el puntaje más alto a la propuesta económica de monto más bajo y así sucesivamente. Mientras más baja era tu cifra, más puntos obtenías.

Imaginemos otro ejemplo más ajustado a la realidad. Se presentan otras seis propuestas. Tres al 90% tan frecuente hasta ahora, y las tres restantes al 80, 70 y 60 por ciento del valor referencial. Sumadas todas ellas a éste, da 580. Entre siete da 82.86. El 80% de 82.86 es 66.28. En consecuencia, sólo se elimina una propuesta. Sobreviven cinco y lo más probable es que se le adjudique el proceso al postor que ofertó el 70% del valor referencial. Es decir, se otorgaría la buena pro a postores con montos por debajo de los que se otorgaban hasta antes de la reforma. Sin ningún límite.

Para elaborar el valor referencial⁹ se hacen estudios que comprenden distintas variables, pero que la práctica demuestra que no suelen ser muy precisos, pues siempre arrojan montos insuficientes para el desarrollo de un proyecto, para la supervisión o para la ejecución de una obra. Esas cifras se convierten en los valores referenciales con los que se convocan los procesos. Si la adjudicación se hace todavía por montos menores, ahora en el orden del 90% y en el futuro, con toda seguridad, por porcentajes más bajos aún, el resultado es siempre el mismo: proyectos deficientes, supervisiones incompletas y obras inconclusas o en peligro de colapsar en cualquier momento. Lo que es peor es que sobre los contratos que se suscriban para esos efectos se cierne, en mayor medida que en otros, el fantasma de la corrupción y del delito habida cuenta de que esos malos contratistas, como no son beneficencias, buscarán por todos los medios de recuperar en el desarrollo de sus respectivos encargos, es decir, en la cancha, los montos que perdieron en la mesa —o seas, exactamente al revés de lo que ocurre en el fútbol—, ofertando sumas abiertamente incompatibles con el tamaño de trabajo, con el único propósito de hacerse de la adjudicación.

En el deporte, los puntos que los equipos pierden en el juego a veces los tratan de recuperar en un proceso de reclamación, apelando a diversos artilugios. En las contrataciones públicas, el fenómeno aparece en sentido contrario y, en ocasiones, como no pueden arruinar sus balances, lo que algunos postores pierden en la mesa, para asegurar la adjudicación lo tratan de recuperar en la cancha, en el desarrollo de la respectiva prestación, apelando a mañas aún más perversas, a malas prácticas y a actos abiertamente ilícitos. En ese escenario, el proyectista omite realizar pruebas elementales para un buen estudio, el constructor busca adicionales que no le corresponden y el supervisor se confabula con él para propiciar que se los aprueben. Si estuvieran mejor retribuidos no tendrían ciertas necesidades presupuestales, golpeándoles la cabeza y estrangulándoles la yugular.

⁹ Ley de Contrataciones del Estado, modificada por el Decreto Legislativo n.º 1341, artículo 18, numerales 18.3 y 18.4.

El mecanismo que ha reproducido el decreto legislativo es una copia incompleta del sistema que tenía previsto el antiguo Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (Rulcop),¹⁰ en cuya virtud cuando el número de propuestas válidas eran más de dos, para el otorgamiento de la buena pro se obtenía el promedio de todas las ofertas, incluyendo el presupuesto base —así denominado con mayor propiedad— y se eliminaban las que estaban desde 10% por encima y 10% por debajo de este primer promedio. A continuación, se calculaba un nuevo promedio con las propuestas que quedaban, incluyendo nuevamente al presupuesto base y se adjudicaba el proceso a la oferta que habiendo quedado por debajo del segundo promedio, estaba más cerca de él. En el caso de que no hubiera ninguna debajo de este segundo promedio, se le otorgaba la buena pro a la más cercana a él, por encima.

Cuando el número de propuestas válidas era menor de tres, la Comisión de Recepción y Adjudicación informaba de este hecho a la entidad, para que en un plazo de dos días calendario declare desierto el proceso y, si lo estimaba pertinente, otorgue la buena pro a la propuesta más baja o a la única propuesta presentada, según sea el caso.

Es lo que se llamaba el doble promedio. Evitaba —o cuando menos, hacía mucho más difícil— cualquier intento de dirigir la adjudicación deliberadamente a favor de un postor y, al mismo tiempo, impedía que se otorgue la buena pro a alguna propuesta presentada por un monto manifiestamente insuficiente para cumplir cabalmente con el encargo. Es cierto que quienes intervenían en esas licitaciones no tenían ninguna restricción para ofertar montos por encima o por debajo del valor referencial y eso es, precisamente, lo que garantizaba cierta oscilación que terminaba coadyuvando a elegir un precio más o menos aceptable.

Ésa fue la razón por la que emprendí personalmente una campaña a través de distintos medios de comunicación, con el objeto de que se

¹⁰ Artículo 4.3.13 de su última versión aprobada mediante Decreto Supremo n.º 034-80-VC.

incorpore lo que faltaba copiar de esta fórmula del doble promedio. Como ya no podía hacerse con fines de eliminación, porque de eso se había ocupado la propia ley, todavía podía hacerse para los efectos de la calificación en el Reglamento, que necesariamente tenía que adecuarse a los cambios introducidos por el Decreto Legislativo 1341.

Si en los ejemplos expuestos se aplicase esta segunda parte, sin modificar la Ley, tendríamos resultados ligeramente mejores o, para decirlo correctamente, no tan riesgosos. En el primer caso, el segundo promedio sería ochenta y muy probablemente se le otorgaría la buena pro al postor que ofreció ese monto, asumiendo que está por debajo en algunos decimales o, por último, al postor que ofreció setenta, pero en modo alguno al que ofreció sesenta.

En el segundo caso, el segundo promedio arrojaría 86.67, pues sólo uno fue eliminado en la primera vuelta. La adjudicación esta vez favorecería ya no al postor que ofreció sesenta sino al que ofreció ochenta. Se deja de priorizar al que ofrece el monto más bajo, que no es, precisamente, el mejor, sino todo lo contrario, lo más probable es que sea el menos indicado para realizar una buena faena. Tampoco se prioriza al que ofrece el monto más alto, que tampoco es necesariamente el mejor, aunque ciertamente, lo más probable es que esté más cerca de serlo. Se prefiere al del justo medio, al que, de alguna manera, el propio mercado elige.

Sostuve, entonces, que ésa era una alternativa que podría considerar el Reglamento para evitar que esta lamentable modificación introducida por la ley, al eliminar los topes y permitir la presentación de ofertas sin ninguna limitación, sea más perversa de lo que puede ser. Adicionalmente a ella otra opción que propuse era endurecer la etapa de calificación de ofertas y ajustar las bases y términos de referencia, al punto de consignar en tales documentos hasta las tarifas y precios unitarios que sirven para obtener el valor referencial, de forma que los postores puedan, desde luego, incrementarlos pero no disminuirlos, sin atentar contra el cabal desarrollo de la prestación.

No escapaba a este análisis el hecho de que en la antigua Ley de Consultoría, promulgada en 1892, se establecía que «para la selección de servicios de consultoría se realizarán Concursos Públicos de Méritos basados en las calificaciones técnicas de los participantes»¹¹ y que, en armonía con ese precepto, su Reglamento estipulaba que los consultores presentaban tres sobres, el primero con sus documentos de identificación y de registro, el segundo con la propuesta técnica y el tercero con la propuesta económica.¹²

La propuesta técnica se evaluaba considerando tres tipos de factores: referidos al postor, al personal propuesto y al objeto de la convocatoria.¹³ Entre los primeros, había que incluir los certificados que acreditaban la experiencia en la actividad y en la especialidad, medida en tiempo y en trabajos, la infraestructura y recursos con que contaba, personal directivo y permanente y demás detalles de la organización. La experiencia propia del personal asignado al servicio era el sustento de los segundos y de los terceros la descripción del servicio, la interpretación del expediente técnico, el enfoque y concepción del proyecto, los comentarios, sugerencias y/o aportes a los términos de referencia, el plan de trabajo, la organización prevista, la programación de la prestación y los recursos a ser utilizados. De ahí la importancia de que el comité de evaluación esté conformado por especialistas que sepan examinar y calificar.

¹¹ Ley n.º 23554, Artículo 9.

¹² Reglamento General de las Actividades de Consultoría (Regac), aprobado mediante Decreto Supremo n.º 208-87-EF, artículo 36 y siguientes. Permítaseme recordar que en 1987 tuve el alto honor de realizar la revisión de todas las propuestas que la ciudadanía, entidades, gremios y operadores habían formulado respecto de un anteproyecto publicado en el diario oficial *El Peruano* y de decidir la versión final de esta norma directamente para el Ministerio de Economía y Finanzas. Esa experiencia me sirvió, diez años después, para hacer lo propio y redactar personalmente el primer proyecto de la Ley de Contrataciones del Estado 26850, cuyas principales disposiciones se conservan hasta ahora.

¹³ Reglamento General de las Actividades de Consultoría, artículo n.º 51.

Según los puntajes de cada postor se formaba un orden de méritos del que se excluía, para los fines de la siguiente etapa, a los postores con menos de sesenta puntos sobre un total de cien posibles.¹⁴

A continuación, sólo se abría la propuesta económica del consultor que había ocupado el primer lugar en el orden de méritos, en su presencia. Se analizaba su oferta y se verificaba su compatibilidad con la propuesta técnica a efectos de iniciar la negociación correspondiente. Si estaba muy por encima del presupuesto base, que era de conocimiento público, se intentaba llegar a un consenso según la disponibilidad de la entidad. Si estaba por debajo, no había problema. Si no había acuerdo, se pasaba al segundo. Si no había acuerdo con el segundo, se pasaba al tercero y así sucesivamente hasta que se llegue a algún consenso, sin posibilidad de regresar a negociar con alguno con el que ya se había dado por terminadas las conversaciones. De no llegarse a ningún acuerdo con ningún postor, se declaraba desierto el proceso.¹⁵

Era, desde luego, un régimen ideal que priorizaba la calidad de las propuestas por sobre el precio que se ofertaba que, por lo demás, no podían dispararse porque quedaban fuera de carrera. En la actualidad la parte técnica también es la que define. Hasta no hace mucho, era frecuente que todos los postores se presenten al 90% del valor referencial, porque nadie quería perder puntos en la evaluación económica. Sin embargo, con el objeto de evitar controversias las entidades propiciaban los empates masivos para que sea el sorteo el que decida al ganador, lo que tampoco era lo óptimo, porque eso abría la puerta a otras corruptelas a favor de aquellos piratas que se presentan escondidos detrás de varios proveedores, para entrar al ánfora con más boletos, y, por tanto, con más opciones de ganar, sin tomarse la molestia de hacer propuestas serias y bien concebidas.

¹⁴ *Ibid.*, artículo 54.

¹⁵ *Ibid.*, artículo 59 y ss.

La solución está a caballo entre una y otra fórmula. Hacer una evaluación técnica muy estricta que elimine a las ofertas que no pasan determinada valla y obtener un segundo promedio para confiar en la suerte de cada cual. Pero una suerte circunscrita —cuando menos— a quienes están en condiciones de realizar un buen trabajo. Así lo planteé en las deliberaciones previas a la aprobación de las modificaciones que debían incluirse en el Reglamento.

También planteé resucitar la garantía por el monto diferencial de la propuesta que estuvo prevista en la normativa para los casos en los que «la propuesta económica fuese inferior al valor referencial en más del diez por ciento (10%) de éste [...], para la suscripción del contrato el postor ganador deberá presentar una garantía adicional por un monto equivalente al veinticinco por ciento (25%) de la diferencia entre el valor referencial y la propuesta económica. Dicha garantía deberá tener una vigencia hasta la presentación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios».¹⁶

Era aplicable, como queda dicho, a bienes y servicios porque hasta en ese régimen, en estas materias no había montos mínimos y se podía ofertar por debajo del 90% del valor referencial. Más bien en ejecución y consultoría de obras, tal como se ha anotado, no se podía presentar propuestas por debajo de ese límite. Como ahora, con la modificación introducida por el Decreto Legislativo n.º 1341, la figura tiende a invertirse peligrosamente. Mientras en bienes y servicios la adjudicación a una oferta que siembre dudas razonables sobre su viabilidad está, al menos teóricamente, condicionada a la fundamentación de sus precios que deberá hacer el proveedor, en consultoría y ejecución de obras no hay ni siquiera esa esperanza. Puede adjudicarse a cualquier postor por el monto que sea.

¹⁶ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo n.º 180-2008-EF, artículo 160.

Por consiguiente, para no alentar la multiplicación de lo que la doctrina conoce como ofertas ruinosas, que no son otras que aquellas que se presentan por montos manifestamente insuficientes para el desarrollo del encargo, propuse restaurar esta garantía y exigir que esta vez sea por el íntegro de la diferencia entre el valor referencial y la oferta, en el entendido de que la diferencia puede ser del orden del 20% —en el caso de una propuesta que se presenta al 80% del valor referencial, por ejemplo— y que en ese caso, obligar a afianzar el 25% equivale —en la práctica— a garantizar apenas el 5% de la oferta. Al ser el íntegro de la diferencia, en el mismo caso, la exigencia sería afianzar el mismo 20%, en forma adicional a la fianza de fiel cumplimiento, naturalmente.

La idea no es otra que desalentar la presentación de ofertas ruinosas. Esta propuesta no llegó a incorporarse al Reglamento, pero me comentan que algunas entidades la incluyen dentro de las bases con las que convocan sus procedimientos de selección y les va muy bien. Enhorabuena.

La normativa vigente está diseñada para evaluar tanto la propuesta técnica como la propuesta económica. Esto último, sin embargo, hasta el 3 de abril de este año era un saludo a la bandera —cuando menos en ejecución y consultoría de obras—, habida cuenta de que como a la oferta más baja, se le calificaba con el puntaje más alto y a las demás en sentido inversamente proporcional, y como sólo se admitían precios hasta 10% por encima o por debajo del valor referencial, cuando hay más de un postor, todos se presentaban al 90% para no perder puntos en la evaluación económica. Cuando hay un solo postor y éste es tan astuto como para darse cuenta de que no tiene competencia, si el tiempo lo permite cambia el sobre de su oferta y se presenta con un monto equivalente al ciento diez por ciento, lo máximo que permite y permitía la legislación actual, en este escenario, para no dejar dinero en la mesa. En ocasiones, el tiro sale por la culata, porque a última hora aparece otro competidor cuando ya no es posible retirar el sobre cambiado, y el que llega al final, termina llevándose la buena pro. Pero no es lo habitual.

En apariencia, entonces, la adjudicación se definía al examinar la propuesta técnica, como era antes de 1997, en consultoría, por aplicación de la Ley n.º 23554 y de su Reglamento. Digo «en apariencia», porque desafortunadamente no es así. Las exigencias de las bases no guardan proporción respecto de la prestación que es objeto de la convocatoria, al punto de que no es posible inferir algo parecido a aquel excelente y antiguo sistema que priorizaba los méritos de cada cual. No es así porque quienes evalúan no son, en la mayoría de los casos, expertos en la correspondiente materia y aun si lo fueren, no distinguen entre una oferta y otra para evitarse problemas futuros con sus propios órganos de control y con los postores que no reciben los puntos que quisieran.

Para combatir estas malas prácticas, el Decreto Legislativo n.º 1341 ha modificado sustancialmente el régimen de adjudicaciones, desde luego que con muy buenas intenciones, pero quizás sin medir las consecuencias.

Mi propuesta para corregir parcialmente el nuevo problema, fue descartar esa absurda necesidad de asignar el puntaje más alto en la calificación económica a la propuesta que tenga el precio más bajo, como si ella fuese la mejor. Evidentemente no lo es. Tampoco necesariamente lo es la del precio más elevado, es verdad, aunque es más probable que lo sea que aquélla que tiene el monto más diminuto. Pero, no siempre es así.

El Reglamento, finalmente, aceptó esa opción asumiendo que no requería modificar la ley, toda vez que ésta pretende maximizar el valor de los recursos públicos bajo el enfoque de la gestión por resultados «bajo las mejores condiciones de precio y calidad» que permitan el cumplimiento de sus fines y que «tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos». Propósitos con los que nadie debería disentir y que no se contradicen con el planteamiento enunciado.

Para la contratación de obras, ahora se asignan cien puntos «a la oferta más próxima al promedio de las ofertas admitidas que quedan en competencia, incluyendo el valor referencial, y [se] otorga a las demás ofertas puntajes» directamente proporcionales, priorizando a las que se ubican más cerca de ese segundo promedio respecto de las que se encuentren más lejos.¹⁷ Idéntico procedimiento se sigue para la contratación de consultoría de obras, agregando un coeficiente de ponderación entre la propuesta técnica y económica que le permite a la primera oscilar entre el 80 y 90 por ciento de incidencia, respecto del 10 al 20 por ciento que se reserva para la segunda.¹⁸

Para la contratación de consultoría en general, distinta de las de obras, se asignan 100 puntos «a la oferta de precio más bajo y [se] otorga a las demás ofertas puntajes inversamente proporcionales a sus respectivos precios», priorizando, por consiguiente, el costo por sobre la calidad.¹⁹

Queda pendiente —aun cuando algunas entidades lo hacen por cuenta propia, según se ha señalado— la obligación de presentar una garantía por la diferencia entre el valor referencial y el precio que se oferte, cuando la propuesta que se presenta se encuentre por debajo del noventa por ciento del monto que la entidad ha estimado para el desarrollo de la prestación después de haber realizado los estudios y análisis que la ley exige. Si estás tan convencido de poder cumplir con el encargo por una suma tan diminuta, pues no tendrás ningún problema en afianzarlo para darle la debida confianza a tu cliente y evitarle que crea que va a perder tiempo y dinero, así como tirar por la borda las legítimas expectativas de una población que siempre espera.

¹⁷ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Supremo n.º 056-2017-EF, artículo 54, numeral 54.6.

¹⁸ *Ibid.*, artículo 64, Numeral 64.4.

¹⁹ *Ibid.*, artículo 64, Numeral 64.3.

Otras modificaciones

Entre los requisitos para convocar un procedimiento de selección se ha incorporado para el caso de obras, el sustento para efectuar la entrega parcial del terreno, si es que se elige esta opción, para evitar contratiempos y otros inconvenientes.²⁰ Más adelante se preceptúa que cualquier «demora justificada en dicha entrega, no genera mayores pagos.»²¹ Es una afirmación temeraria porque depende de la definición de «demora justificada». En lugar de ese concepto quizás hubiere sido mejor consignar «demora no atribuible al contratista». Porque si el atraso es responsabilidad de la entidad, por más justificado que sea, ¿por qué habría de condenarse al proveedor a no ser resarcido? El contratista debe pagar sus obligaciones, debe pagar a su personal, la maquinaria alquilada y la infraestructura comprometida. Si hay un retraso, no se suspenden esos pagos. Si a él no se le reconocen esos conceptos, ¿quién los paga?

Los miembros del comité de selección ahora podrán renunciar en caso de tener algún conflicto de intereses,²² encontrándose obligados a actuar con honestidad, probidad, transparencia e imparcialidad y a informar cualquier acto de corrupción del que tuvieran conocimiento, bajo protección de la entidad.²³

En lo que respecta a los consorcios, el Reglamento acertadamente faculta al área usuaria a establecer un número máximo de integrantes en función a la naturaleza de la prestación, aunque le exige una decisión debidamente sustentada, lo que puede complicar la agilidad de la medida.²⁴ Ojalá que no. Otro acierto es la medida, también solicitada por nosotros, que elimina la obligación de ponderar la experiencia de los consorciados, lo que era un contrasentido, porque en lugar de sumar

²⁰ Reglamento, Artículo 21, numeral 21.3, literal o).

²¹ *Ibid.*, artículo 27, numeral 27.1, literal n).

²² *Ibid.*, artículo 23, numeral 23.7.

²³ *Ibid.*, artículo 25, numeral 25.5.

²⁴ *Ibid.*, artículo 28, numeral 28.5.

hacía que la participación conjunta reste puntos, con lo que la desalentaba abiertamente.²⁵

Hay una disposición que antes no estaba y que obliga a la entidad, una vez consentida la buena pro, a verificar la propuesta ganadora. Si comprueba alguna inexactitud o falsedad, declara la nulidad de la adjudicación o del contrato, según el momento en que se encuentre y comunica al Tribunal de Contrataciones del Estado para que inicie el procedimiento administrativo sancionador y al Ministerio Público para que interponga la acción penal correspondiente.²⁶

Una norma con la que hemos manifestado nuestro desacuerdo es aquella en cuya virtud el notario o juez de paz, «procederá a sellar y firmar cada hoja de los documentos de la oferta», después de que ésta se haya abierto. Es un trámite que puede durar muchas horas y si se ha incorporado con el objeto de garantizar la invulnerabilidad de las ofertas, más simple y práctico era facultar al notario o juez de paz para que se lleve y tenga en custodia un ejemplar de cada una, que prevalecerá en caso de duda respecto de las otras copias que están en poder de los evaluadores y de las que eventualmente pueden sustraerse o adicionarse documentos.²⁷

En aplicación de la ley, el Reglamento define la nueva modalidad mixta de contratación como aquélla que implique la prestación de servicios y obras, con mayor incidencia de los primeros, de manera conjunta, sobre infraestructura preexistente cuya finalidad sea la obtención de resultados, de manera permanente o continuada en un período, a través de indicadores de niveles de atención.²⁸

²⁵ *Ibid.*, artículo 28, numeral 28.4.

²⁶ *Ibid.*, artículo 43, numeral 43.6.

²⁷ *Ibid.*, artículo 53, numeral 53.4 y artículo 62, numeral 62.4.

²⁸ *Ibid.*, artículo 58-A.

Sobre las contrataciones altamente especializadas o muy complejas cuyos procedimientos de selección, de acuerdo a la ley, pueden encargarse a organismos internacionales debidamente acreditados, el Reglamento estipula que el trámite debe ser aprobado mediante decreto supremo refrendado por el ministro del respectivo sector, en el caso del Poder Ejecutivo, por el titular del Congreso, del Poder Judicial y de los organismos autónomos, por los consejos regionales o concejos municipales y por acuerdo de directorio, en el caso de las empresas del Estado. El expediente debe justificar la imposibilidad de efectuar el proceso a través de la entidad correspondiente, por razones de especialidad, complejidad o magnitud de la contratación, destacando conveniencias y ventajas. El encargo debe constar en un convenio específico y concreto para cada procedimiento, quedando expresamente señalado, bajo sanción de nulidad, que el organismo internacional se somete a la supervisión del OSCE y a las acciones de la Contraloría General de la República.²⁹

Para la interposición del recurso de apelación contra el procedimiento de selección, se ha bajado la valla para reclamar ante el OSCE, de 65 UIT de valor referencial a 50 UIT. También se ha eliminado el requisito de que el escrito lleve firma de abogado. Será declarado improcedente por falta de interés para obrar, de otro lado, el recurso de apelación que presente un postor cuya oferta no ha sido admitida o ha sido descalificada y no cuestiona tales decisiones que lo afectan.³⁰

Se ha incorporado un precepto, que nunca está de más, según el cual es nulo el contrato en cuyo procedimiento de selección se haya incurrido en prácticas corruptas, fraudulentas, colusorias o ilícitas, en concordancia con lo previsto en la ley.³¹

El contrato, a su vez, debe incluir bajo responsabilidad cláusulas sobre garantías, de anticorrupción, de solución de controversias y de

²⁹ *Ibid.*, artículo 94, numeral 94.2.

³⁰ *Ibid.*, artículo 95, numeral 95.1 y artículo 101, último párrafo.

³¹ *Ibid.*, artículo 115, numeral 115.4.

resolución por incumplimiento.³² Los contratos de obra deben comprender cláusulas que identifiquen los riesgos a los que está expuesta la ejecución y la indicación de quién debe asumirlos.³³

Otra norma que hemos sugerido y que el Reglamento ha aceptado es aquella que permitirá culminar los contratos de supervisión que se extienden hasta la liquidación de las obras cuando ésta sea sometida a arbitraje, sin esperar el resultado de este proceso. El pago por las labores de supervisión hasta la recepción de la obra debe hacerse bajo el sistema de tarifas mientras que por la liquidación debe hacerse empleando el sistema a suma alzada.³⁴

La prerrogativa que asiste a cualquiera de las partes para resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor se ha ampliado al hecho sobreviniente que no sea imputable a ninguna de ellas y que imposibilite de manera definitiva la continuación de su ejecución.³⁵

En cuanto a las modificaciones del contrato se exigirá que cuenten con un previo informe técnico legal que las sustente, a fin de cumplir con su objeto y que acredite que se derivan de hechos sobrevinientes no imputables a las partes; informe favorable del supervisor, de ser el caso; informe del área de presupuesto, si hay variación de precio; aprobación del titular y registro de la respectiva adenda en el Seace.³⁶

Otro planteamiento nuestro que el Reglamento recoge, es que las constancias de trabajos en ejecución y consultoría de obras contengan la información que se consigne en los formatos que emita el OSCE

³² *Ibid.*, artículo 116, numeral 116.4.

³³ *Ibid.*, artículo 116, numeral 115.3.

³⁴ *Ibid.*, artículo 120, numeral 120.4.

³⁵ *Ibid.*, artículo 135, numeral 135.3.

³⁶ *Ibid.*, artículo 142.

para evitar indicaciones innecesarias que se presten a cuestionamientos, omisiones o direccionamientos ilícitos.³⁷

Cuando se produzca la suspensión del contrato de obra, corresponderá suspender también el contrato de supervisión «sin que ello suponga el reconocimiento de mayores gastos generales y costos, salvo aquellos que resulten necesarios para viabilizar la suspensión», disposición que sólo debería proceder en casos de mutuo acuerdo y que también se aplicará si la suspensión se produce como consecuencia de haberse sometido a arbitraje alguna controversia.³⁸

El documento ha perdido la oportunidad de regular mejor la prohibición que afecta a los residentes y jefes de supervisión de obras a tiempo completo que, según la ley, comprensiblemente no pueden prestar servicios en más de una obra a la vez. En adición a la excepción de las obras por paquete, debió considerarse aquellos casos que escapan del control del contratista, a fin de protegerlo del mal profesional que a su espalda se procura ingresos adicionales y lo coloca en peligro inminente sin riesgo alguno para el culpable.³⁹

Los gastos generales variables, en las ampliaciones de plazo de ejecución de obras, se determinarán en función del número de días correspondientes a la extensión, multiplicado por el gasto general variable diario que se calcula dividiendo los gastos generales variables ofertados o del presupuesto que sustenta el valor referencial, según sea a precios unitarios o a suma alzada, entre el número de días del contrato, con los ajustes correspondientes.⁴⁰

La aprobación de prestaciones adicionales de obra por causas no previsibles en el expediente técnico, por otra parte, no enervará la obli-

³⁷ *Ibid.*, artículo 145, numeral 145.2.

³⁸ *Ibid.*, artículo 153, numeral 153.3.

³⁹ *Ibid.*, artículo 159, numeral 159.3.

⁴⁰ *Ibid.*, artículo 171, numeral 171.1.

gación del contratista de revisar la documentación que tiene a su disposición y de formular las consultas y observaciones correspondientes, de modo que se complete, de ser el caso, la información necesaria para cumplir con la finalidad pública de la contratación, razón por la que la ejecución de las actividades que comprende la prestación adicional de obra procede respecto de aquello que no pudo ser advertido previamente.⁴¹

Sobre los mecanismos de solución de controversias el Reglamento ratifica la opción de la ley por el arbitraje institucional en un centro acreditado ante el OSCE, la junta de resolución de disputas y la conciliación, reservándole al arbitraje ad hoc las controversias que se deriven de contratos de bienes, servicios y consultoría en general de montos contractuales menores o iguales a 25 UITs, que equivale a 101 mil 250 soles.⁴²

La conciliación puede pactarse como antesala al arbitraje y solicitarse ante un centro acreditado ante el Ministerio de Justicia.⁴³ En el afán de robustecer la institución, el Reglamento establece que la entidad debe evaluar en un informe técnico legal previo, debidamente sustentado, la posibilidad de conciliar considerando criterios de costo-beneficio y ponderando sus tiempos y recursos, expectativas de éxito de escalar el conflicto a un arbitraje y la conveniencia de llegar a un acuerdo.⁴⁴ El mismo procedimiento debe seguir la entidad si es que pretende someter a arbitraje las decisiones de la junta de resolución de disputas.⁴⁵ La idea es evitar que se extiendan los conflictos cuando virtualmente se tiene la certeza de que no se obtendrá nada más de lo que se pueda conseguir en las etapas previas.

⁴¹ *Ibid.*, artículo 175, numeral 175.8.

⁴² *Ibid.*, artículo 184, numeral 184.3.

⁴³ *Ibid.*, artículo 183, numeral 183.1.

⁴⁴ *Ibid.*, artículo 183, numeral 183.2.

⁴⁵ *Ibid.*, artículo 213, numeral 213.4.

El OSCE administra un régimen institucional de arbitraje al que pueden someterse las controversias que se deriven de la ejecución de contratos de bienes y servicios en general, de montos menores a 10 UITs, siempre que no existan instituciones registradas y acreditadas en el lugar donde se haya perfeccionado el contrato o que, de existir, se nieguen a administrar el caso o sus gastos arbitrales resulten desproporcionados en relación a la cuantía.⁴⁶

Para interponer el recurso de anulación del laudo, el contratista debe presentar una carta fianza a favor de la entidad y por una cantidad equivalente al veinticinco por ciento del valor de la suma que se haya ordenado pagar.⁴⁷ Si el laudo es puramente declarativo o no hay forma de valorizarlo, la garantía será equivalente al 3% del monto del contrato original.⁴⁸ La Ley ha dispuesto que si el recurso es interpuesto por la entidad no debe presentarse carta fianza sino ser autorizada por su máxima autoridad o por el Consejo de Ministros.⁴⁹ Hace más difícil el trámite, al punto que subraya que los procuradores que no soliciten la anulación no incurrir en responsabilidad, pero crea un tratamiento discriminatorio exonerando a una parte de una obligación legal que ambas deberían cumplir.

Como se sabe, el Registro Nacional de Árbitros subsiste para los arbitrajes ad hoc, desaparece el Registro Nacional de Secretarios y se crea un nuevo Registro de Infractores que administra el Consejo de Ética cuyo rol se refuerza.⁵⁰

Una última modificación que merece destacarse es aquella que convertirá en indeterminada la inscripción en el Registro Nacional de Proveedores, que hasta ahora tenía una vigencia de un año. En ade-

⁴⁶ *Ibid.*, artículo 195.

⁴⁷ *Ibid.*, artículo 197-A, numeral 195-A.1.

⁴⁸ *Ibid.*, artículo 197-A, numeral 195-A.2.

⁴⁹ Ley de Contrataciones del Estado, artículo 45, numeral 45.8.

⁵⁰ Ley, artículo 45, numeral 45.6 y Reglamento, artículo 215, numeral 215.4.

lante estará sujeta a las reglas de actualización que se establezcan, bajo responsabilidad del contratista.⁵¹ Las personas jurídicas extranjeras pueden inscribirse en el RNP como domiciliadas, siempre que tengan sucursales constituidas y representante legal acreditado ante la Sunarp, y como no domiciliadas, las matrices que no han constituido sucursal, pero cuentan con representante legal.⁵²

Reflexión final

Probablemente en breve se aprueben algunos nuevos cambios a la Ley de Contrataciones del Estado y a su Reglamento, habida cuenta de que siguen en compás de espera algunos proyectos que proponen marchas y contramarchas, avances y retrocesos, respecto de los textos actualmente vigentes. En cuanto estas iniciativas sean resueltas, habrá que esperar algún tiempo para analizar sus efectos y para determinar su conveniencia. Naturalmente, no es posible impedir nuevos intentos por modificarlas, pero lo más saludable es esperar que su aplicación práctica vaya decantando sus necesidades más apremiantes y que éstas no sean sólo especulaciones teóricas. Lo más urgente ahora es difundirlas para que sean dominadas por todos los operadores y que tiendan a consolidarse en el tiempo para no exponer el mercado a constantes oscilaciones y variaciones.

⁵¹ Ley, artículo 46, numeral 46.1 y Reglamento, artículo 234, numeral 234.3.

⁵² Reglamento, artículo 238, numeral 238.6.

ÁRBITROS Y CONFLICTOS DE INTERÉS

*Manuel Diego Aramburú Yzaga**

Ética y deber de revelación

Tengo que hablar de ética y, específicamente, de deber de revelación. Me siento acá y se me vienen algunas ideas a la cabeza.

MALA FE O INTERESES PARTICULARES

Me refiero a los proyectos de leyes que se han presentado, se supone que para mejorar el sistema arbitral, ignorancia, tal vez.

* Abogado graduado de la Universidad de Lima y colegiado en el Colegio de Abogados de Lima. Cuenta con estudios de postgrado en la Universidad de Columbia de la ciudad de Nueva York, obteniendo el Máster en Derecho. Cuenta con amplia experiencia en derecho corporativo, contractual y solución de conflictos, habiéndose especializado en materia corporativa y arbitral. Es socio del Estudio Aramburú, Castañeda & Boero. Ha participado como abogado defensor y también como árbitro en algunos de los más importantes arbitrajes del país, ha negociado contratos vinculados a derechos tangibles e intangibles para diversas empresas, ha participado en importantes contratos de financiamiento. Profesor de Arbitraje en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y ha sido profesor de Arbitraje en la Universidad de Lima. Es árbitro de la nómina del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Amcham, Pontificia Universidad Católica del Perú, ha sido miembro del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de la Comisión Consultiva de Derecho de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima y de la Comisión de Revisión de la Ley General de Arbitraje, nombrada por el Ministerio de Justicia.

VAMOS COMO EL CANGREJO, PERO DEFINITIVAMENTE ÉSTE TAMBIÉN ES UN PROBLEMA DE ÉTICA

Como he dicho, vengo a este auditorio a hablar de árbitros, de ética y de deber de revelación. Pero, antes no puedo dejar de decir que este proyecto de ley, definitivamente, es una reacción inaceptable contra los reglamentos y los esfuerzos que están haciendo los centros de arbitraje por mejorar el sistema y evitar las malas prácticas, incluso la corrupción. Parece que hubiera intereses particulares.

Antes de entrar en el tema, sólo un detalle. ¿Qué nos está pasando? Hace poco un proyecto de ley que hacía perder control sobre los arbitrajes y los árbitros a las instituciones arbitrales, y ahora un nuevo proyecto de ley que viene recargado. No sólo porque es más de lo mismo, sino que está corregido y aumentado; por eso digo, vamos como el cangrejo; para atrás. ¡Qué vergüenza!

Entremos al tema. Al árbitro imparcial, independiente y neutral se le encomienda el trabajo de escuchar a las partes y luego de ello, debe adoptar una posición y tomar una decisión; y lo más probable es que favorezca a una de las partes.

Sólo una persona que no tiene un significativo interés en la causa y no tiene preferencia respecto a las partes involucradas puede participar en la decisión de la misma. Nos referimos, pues, a la imparcialidad e independencia que todo árbitro debe tener y mantener:

Imparcialidad (Parcialidad). Estado mental, completa receptividad a los argumentos de una de las partes.

Ausencia de predisposición o sesgo a favor de la causa de una de las partes.

Independencia. Relación con las partes o con alguien cercano a las partes.

Estas normas básicas para todo árbitro son casi un principio universal, los requerimientos de imparcialidad e independencia son una constante en los reglamentos de los diferentes centros y en las Leyes.

¿Cuál es el standard, por ejemplo, en el caso del Ciadi?

Para abordar este tema, es preciso referirse al artículo 14 de la Convención de Washington:

Artículo 14 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Ciadi, en español). Se refiere a la imparcialidad que deben mantener los árbitros, cuando indica que los árbitros deben: «inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio».

Artículo 14 del mismo convenio, pero en idioma en inglés.- se refiere a la independencia: «*who may be relied upon to exercise independent judgment*».

¿Es un error o los trata como iguales? Más que error, creo yo que es un tema de idioma; me parece que en ambos casos la idea es clara, los árbitros no deben representar intereses de las partes ni tener relación, vinculación, interés, con las partes o el conflicto.

Ahora bien, en cuanto a las Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje ante el Ciadi, tenemos algunas que resultan igualmente ilustrativas, cuando nos referimos a la ética de los árbitros, y muy especialmente vinculadas al deber de mantenerse neutrales respecto de las partes y el conflicto, y al deber de revelación de los árbitros, el que, como sabemos, existe para nivelar la asimetría de información entre lo que las partes conocen de los árbitros y sus relaciones con la

otra parte, los abogados, asesores etc., y así puedan, realmente, confiar en su actuación. En cuanto a este deber, tenemos, por ejemplo, que la Regla 6, en la versión en español habla de la obligación de hacer una declaración sobre la «imparcialidad»:

«Adjunto una declaración sobre (a) mi experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) con las partes, tanto anteriores como actuales y (b) cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en mi imparcialidad de juicio. Reconozco que al firmar esta declaración asumo una obligación continua de notificar prontamente al Secretario General del Centro cualquier relación o circunstancia de aquéllas mencionadas que surjan posteriormente durante este procedimiento».

La Regla 6, en la versión en inglés, habla de la obligación de hacer una declaración sobre la «independencia»:

«Attached is a statement of (a) my past and present professional, business and other relationships (if any) with the parties and (b) any other circumstance that might cause my reliability for independent judgment to be questioned by a party. »

Nuevamente, y no obstante en inglés y en castellano los textos no dicen literalmente lo mismo, queda claro que los árbitros tienen la obligación de mantenerse neutrales respecto de las partes y el conflicto, y además queda muy claro que esa obligación es permanente durante todo el desarrollo del arbitraje.

En cuanto al deber de revelación, y el estándar a analizarse o verificarse respecto del deber de declaración o revelación, en el caso exigido a los árbitros, considerando las Reglas sobre conflicto de intereses de la IBA y la Regla 6 del Reglamento de Arbitraje Ciadi, parecieran ser distintas o decir algo distinto, pero en el fondo se refieren a lo mismo.

Bajo la Regla 6 del Reglamento del Ciadi, el árbitro revelará cualquier hecho o información si razonablemente considera que el hecho

que se le imputa (o que conoce) y que es el revelado, podría aparentar afectar su capacidad de juzgar imparcialmente (confianza en su imparcialidad de juicio). No se sigue el estándar de dudas justificadas conforme a las reglas de la IBA.

Regla 6 Constitución del Tribunal:

«Adjunto una declaración sobre (a) mi experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) con las partes, tanto anteriores como actuales y (b) cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en mí imparcialidad de juicio. Reconozco que al firmar esta declaración asumo una obligación continua de notificar prontamente al Secretario General del Centro cualquier relación o circunstancia de aquéllas mencionadas que surjan posteriormente durante este procedimiento».

Se entenderá que ha renunciado el árbitro que no hubiere firmado tal declaración al finalizar la primera sesión del tribunal.

Bajo las reglas IBA, el árbitro está en la obligación de revelar lo que puede generar dudas justificadas de su imparcialidad e independencia. Así lo señala la Parte I: Normas generales sobre imparcialidad, independencia y sobre la obligación de revelar hechos y circunstancias, de la IBA:

«(3) Revelaciones del árbitro (a) Si en opinión de las partes existieren hechos o circunstancias que pudieren generar dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, éste deberá poner de manifiesto tales hechos o circunstancias ante las partes, la institución arbitral o cualquier otra institución nominadora (si la hubiere y siempre que así lo prevea el reglamento de arbitraje aplicable) y los co-árbitros, de haberlos, antes de aceptar su designación o, si sobrevinieren tras la aceptación, tan pronto como tenga conocimiento de ellos.»

Vinculado al deber de revelación, desgraciadamente es muy común en nuestro país que un árbitro que revele cualquier hecho o circunstancias que él considera que deben ser reveladas pero que no generan un conflicto de intereses, sea recusado. ¿Ello es correcto, es así tan directo, hay que recusar a un árbitro cuando él revele, por el solo hecho de haber revelado? Definitivamente no, pero desgraciadamente ocurre. Ahora bien, veamos la situación al revés. ¿Qué pasa si un árbitro omite revelar una circunstancia que para las partes genere dudas sobre su imparcialidad e independencia?. ¿sólo por no revelar procede la recusación?

No existe una norma en la ley de arbitraje que haga la precisión, pero las reglas de la IBA sí se pronuncian respecto de estas dos situaciones. Ellas claramente indican, como norma general, que la revelación de cualquier relación, no importa lo insignificante o grave que sea, no puede llevar a recusaciones inapropiadas o frívolas. Lo que significa, pues, claramente, que el hecho que un árbitro revele sólo debe implicar que el árbitro quiere informar acerca de tal circunstancia, pero no necesariamente que existe un conflicto de interés que implique descalificarlo, pues en tal caso, ni siquiera debió haber aceptado.

Es preciso indicar que estas reglas de la IBA señalan que los árbitros deben ser y permanecer imparciales e independientes a lo largo de todo el arbitraje. Esto significa, en el extremo que, si el laudo va en anulación, y el laudo se anula, pero regresa al mismo tribunal, luego de una anulación, podría haber la necesidad de revelar nuevamente.

He dicho antes que revelar no implica necesariamente un conflicto, pues una persona no debe aceptar ser el árbitro en un caso determinado, si tuviere dudas él personalmente, respecto de su capacidad de actuar de manera neutral en el caso (imparcial e independiente), lo que implica que si acepta y revela es porque considera que no existe causal real de recusación, aun cuando pueda haber apariencias y, por tanto, considera que puede cumplir sus deberes como árbitro y sólo revela para cumplir su deber de informar. Una pregunta que todo árbitro debe hacerse al ser

elegido como tal es «¿puedo fallar contra la parte que me eligió?». Si la respuesta es afirmativa, tal vez pueda aceptar, pero si no lo es, definitivamente no debería ser el árbitro del caso.

Debo repetir una vez más. La revelación de hechos o circunstancias no implica la existencia de un conflicto de intereses. Porque si lo hay, el potencial árbitro simplemente no debería aceptar el encargo. Esto es muy importante y lo señala expresamente la Nota explicativa (c) a la Norma general 3: «una revelación no implica que los hechos revelados sean de tal naturaleza que descalifiquen al árbitro». «La revelación de hechos o circunstancias no implica la existencia de un conflicto de intereses. El árbitro que revela a las partes ciertos hechos o circunstancias se considera a sí mismo imparcial e independiente de las partes, a pesar de tales hechos o circunstancias, de lo contrario, habría rechazado su designación o habría renunciado. Un árbitro que pone de manifiesto algún hecho o circunstancia se considera, por tanto, capaz de cumplir con sus deberes.»

Como ya hemos dicho, es importante tener en cuenta también que la omisión de revelar determinados hechos o circunstancias que pudiesen generar dudas en opinión de las partes, no implica necesariamente que el árbitro deba ser recusado de manera fundada; es decir, que proceda la recusación o que exista un conflicto de intereses.

Hago énfasis en este caso, pues es muy común que en el Perú se recuse por recusar cuando algún árbitro no reveló algo o, lo que es peor, hay instituciones arbitrales que declaran fundada una recusación cuando se omitió revelar una circunstancia que la parte que recusó conocía y recusa, pues dice que el árbitro omitió su deber de revelación; o cuando lo que no se reveló en realidad no es significativo. Recordemos, se revela (la obligación de revelación existe) para que se conozca el o los hechos, pero debo recalcar que nunca debe ser fundada una recusación cuando una parte recusa a un árbitro porque éste no reveló algo que ella conocía; ése

no puede ser el fundamento. Desgraciadamente, esto ha pasado y viene pasando en nuestro medio y es un absurdo.

A este respecto, la Nota explicativa (c) a la Norma general 3, también lo dice: «la omisión de revelar determinados hechos o circunstancias que pudiesen, en opinión de las partes, dar lugar a dudas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro no implica necesariamente que exista un conflicto de interés o que debería proceder una descalificación».

Respecto de las reglas de la IBA, cómo debe verificarse o analizarse el estándar de dudas justificadas: Según estas reglas, las dudas justificadas son las que, evaluadas por una tercera persona con buen juicio, llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos de los méritos del caso presentados por las partes.

Entonces, lo que genera el derecho a recusar es que las dudas que se generen sean justificadas, repito, justificadas. ¿Qué implica ello?. O sea, ¿qué es «justificadas»? , pues que puedan ser reales y demostrables. En realidad, las reglas no definen claramente lo que es justificado, pero si revisamos su definición en el Diccionario de la Real Academia Española, viene de «justificar», que es probar algo con razones convincentes, testigos o documentos, es decir, no sólo alegar, sino probar. Dudas probadas.

Dudas que pudieran ser razonables; tal vez al no ser justificadas, podrían no ser suficientes para recusar a un árbitro; y, por tanto, es importante que una recusación se sustente en elementos probatorios que puedan determinar que el árbitro deba ser descalificado.

Las reglas de la IBA también tienen una referencia al respecto. Éstas nos dan una idea de lo que debe ser duda justificada, cuando en la regla 2 c) establece que una duda será justificada si una tercera persona informada y con buen juicio llega a la conclusión de que, probablemente, el

árbitro podría verse influenciado por factores diferentes, a los méritos del caso, para resolverlo.

Finalmente, ¿qué pasa si se venció el plazo para recusar y conozco una circunstancia que importe dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro, qué debo hacer? ¿Qué debe hacer el árbitro? Sin duda, debo pedirle al árbitro que renuncie y él debe renunciar, pues si no lo hace y tiene un conflicto, estaría incumpliendo su deber. Además, la ley de arbitraje en su artículo 29, inciso 3, señala que ése debe ser el correcto actuar del árbitro. Refiriéndose a una recusación que pudiera ser extemporánea señala «[...], el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia».

He hablado de neutralidad imparcialidad, e independencia de ética de los árbitros, hemos hablado de revelaciones y el deber de los árbitros de mantenerse así durante todo el arbitraje. Ahora bien, quiero concluir haciendo una breve reflexión con respecto a qué pasa si existe un tribunal nombrado y una de las partes, a propósito, cambia la defensa para incluir como parte de ella a un abogado que notoriamente tiene un conflicto de intereses con los árbitros o con uno de ellos. Claramente, un acto de mala fe, por el cual se podría bloquear a un tribunal.

Sobre este asunto, no existe nada en nuestra ley y, probablemente, no exista nada en los reglamentos de arbitraje locales; pero existe una norma en las Directrices IBA sobre representación de partes en arbitraje internacional. Básicamente, señala que una vez constituido el tribunal arbitral, una persona no debe aceptar la representación de una parte en el arbitraje, si existe una relación entre dicha persona y un árbitro que crearía un conflicto de intereses, a menos que ninguna de las partes objete, una vez se efectúe la correspondiente revelación.

Señala la norma que en caso de violación a la Directriz 5, el tribunal arbitral podrá tomar las medidas apropiadas para salvaguardar la

integridad del procedimiento, incluso impidiendo la participación del nuevo Representante en todo o en parte del procedimiento arbitral.

Como vemos, no es el árbitro el que debe irse o renunciar, sino es el abogado el llamado a no aceptar la representación de la parte, pues el arbitraje ya existe y conocerá que, aceptando, estaría creando una incompatibilidad con el Tribunal.

Muchas gracias.

EL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA: ACTORES, PROBLEMAS Y CASUÍSTICA

*Jorge Burga Vásquez**

1. ¿EL ARBITRAJE COMO MEDIO EFICAZ DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS?

El objeto del arbitraje es justamente ser un medio eficaz, rápido y expeditivo, en el cual se encuentran muchas veces enfrentados el Interés público y el ánimo de lucro del contratista.

Tenemos además la conciliación y la Junta de Resolución de Disputas.

Respecto de la Conciliación:

Considero favorables las modificaciones efectuadas por el Decreto Legislativo n.º 1341 y el Decreto Supremo n.º 056-2017-EF, que establecen que:

* Abogado por la Universidad de Lima, con Maestría en Derecho de la Empresa por la UPC. Miembro de la *Academy of American and International Law*, (Southwestern legal foundation), Dallas, Texas – USA; "Miembro del Tribunal Arbitral en el Tercera, Cuarta y Quinta Competencia de Arbitraje Internacional de Inversión" invitado por *Center on International Commercial Arbitration – Washington College of Law (American University) Washington D.C. – USA*. Es árbitro inscrito en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP, AMCHAM; de la Cámara de Comercio de Industria de Arequipa y el OSCE. Asimismo, es especialista en temas de Arbitraje y en Contrataciones Estatal.

Bajo responsabilidad, el titular de la entidad o el servidor en quien éste haya delegado tal función evalúa la decisión de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio considerando criterios de costo-beneficio y ponderando los costos en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la controversia a través de la conciliación. Asimismo, se podrán considerar los riesgos que representa la controversia en el normal desarrollo de la ejecución contractual, incluyendo el de no poder alcanzar la finalidad del contrato al no adoptarse un acuerdo conciliatorio. Dicha evaluación debe estar contenida en un informe técnico legal previo debidamente sustentado.

2. ACTORES QUE INTERVIENEN EN EL ARBITRAJE

A. LA ENTIDAD

- i) Responsabilidad administrativa del funcionario involucrado en los procesos de contrataciones. Han visto casos de funcionarios sancionados por incumplir con sus funciones, ¿dónde los denuncio?.
- ii) Obligaciones recíprocas por parte de los sujetos que intervienen en la contratación pública. ¿Se cumple? ¿Qué pasa cuando deliberadamente no se cumple con el pago?
- iii) Problema de los plazos para ejecución del contrato (falta de infraestructura, falta de persona, plazos en contra), acarrear el inicio de solicitudes de arbitraje, por falta de acta de entrega, acta de conformidad y pago.
- iv) Variable miedo. No ejecutan actos por temor a ser perseguidos por OCI y CGR.

B. EL OSCE

- i) Cambio normativo cada dos años, designación de árbitro, instalación, registro de árbitros.
- ii) Desapareciendo el arbitraje *ad-hoc*.

Una de las características del arbitraje es que las partes tienen la libertad para regular el procedimiento arbitral en caso de surgir una controversia, como por ejemplo, definir si el tribunal arbitral es unipersonal o colegiado, institucional o *ad-hoc*. Esta libertad se encuentra limitada por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, las cuales se aplican de manera obligatoria.

En la legislación actual se indica que, de haberse pactado el arbitraje institucional, la institución debe estar debidamente acreditada ante el OSCE, debiendo las partes someterse a dicha institución arbitral y a su reglamento; en el caso del arbitraje *ad-hoc* la parte interesada debe remitir a la otra la solicitud de arbitraje (artículo 184° del Reglamento D.S. 350 2015-EF).

Sin embargo, con la dación del Decreto Legislativo n.º 1341, de fecha 7 de enero de 2017, se señala que:

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje *ad-hoc*. Las controversias sobre la nulidad del contrato sólo pueden ser sometidas a arbitraje.

iii) Qué es el arbitraje *ad-hoc*:

Es aquel tipo de arbitraje en el que las partes no han acordado someter el mismo a la organización ni a la administración de una institución arbitral. En este supuesto, serán las propias partes quienes regularán todos los aspectos y etapas del proceso arbitral, siendo regulado en defecto de éstas, por los árbitros.

La nueva orientación que sigue el OSCE parte de la premisa que el arbitraje *ad-hoc* es negativo y todos son culpables, porque se dice que es proclive a la corrupción, porque no se tiene control sobre los árbitros y éstos pueden obedecer intereses de terceros.

Lo que no dicen quienes están a favor de esta postura, es que en el Perú sólo hay tres (3) instituciones que son reconocidas por su labor, profesionalismo e importancia, las mismas que son la CCL, PUC y el propio SNA, y que el caso de corrupción más mediático que involucró corrupción en el arbitraje, fue el Caso Orellana, el mismo que usó al Centro de Arbitraje del CAL como instrumento de corrupción.

Bajo esta premisa pretende el OSCE que estas entidades sean receptoras de todos los arbitrajes en el Perú, o simplemente, empoderar a cientos de centros arbitrales sin experiencia a lo largo del país, con la facultad de decidir el destino de las controversias con el Estado, ¿quién los va a supervisar?, ¿quién va a verificar que se privilegie a determinados abogados en desmedro de otros?, van a tener todos los árbitros que inscribirse en todos los centros de arbitraje a nivel nacional para poder desempeñar sus funciones a nivel nacional?

iv) Matando el arbitraje *ad-hoc*:

- El Decreto Supremo n.º 056-2017-EF, el cual modifica el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que el arbitraje Ad Hoc, es un régimen de excepción.
- Sólo se puede recurrir al arbitraje *ad-hoc* en caso el **monto contractual** (no controversia) sea igual o menor a 25 UIT, es decir S/ 101,250 soles.
- El arbitraje *ad-hoc* sigue el mismo camino que ha mantenido anteriormente este procedimiento.
- El postor deberá elegir en su propuesta si el arbitraje es *ad-hoc* o institucional, si no elige, el arbitraje es institucional.
- El arbitraje *ad-hoc* se sigue rigiendo por el OSCE, surge el problema de la demora en la designación de los árbitros (examen de grado, problema de las acreditaciones para mantener la inscripción, lentitud en la designación del árbitro (dos a cuatro meses), en la instalación del arbitraje (dos meses) porque contra la aceptación del árbitro no se establece a la vez la fecha de instalación (doble pago de tasa, por designación e instalación, cual es el trabajo programar el uso de las salas).
- El árbitro debe estar inscrito en el RNA, usuario y *password*, colgar el laudo y resoluciones pertinentes.
- Todo árbitro debe declarar que se encuentra inscrito en el RNA al momento de su aceptación al cargo.
- El árbitro debe estar inscrito en el RNA, entonces, para qué sirve el procedimiento de «inscripción o renovación

con vigencia vencida de profesionales en la nómina de árbitros del OSCE para designación residual».

- Examen de grado para acceder a dicho registro.

v) El arbitraje institucional

- Sólo puede llevarse a cabo ante entidades acreditadas ante el OSCE (Requisitos de forma de acuerdo a lo establecido en el TUPA).
- El convenio arbitral tipo, puede ser incorporado en el contrato (cláusulas patológicas). Deben unificarse criterios.
- De acuerdo a la cuantía, el arbitraje puede ser *ad-hoc*, si el postor lo solicita con la presentación de la oferta (un formato adicional que completar).
- En caso de arbitraje institucional, la Entidad elige en la proforma del contrato, una lista de dos entidades arbitrales acreditadas (dilema de fidelidad con el cliente de parte del centro arbitral) (problema de la competencia territorial del centro de arbitraje).
- Requisitos para ser una institución arbitral:
 - i. Reglamento de arbitraje
 - ii. Código de Ética, ¿la ética es distinta para cada sede arbitral? ¿Por qué no se sigue el mismo Código de Ética que mantiene el OSCE?
 - iii. Tabla de honorarios y gastos.
 - iv. Nómina de árbitros propios. Nóminas de árbitros. Cada centro de arbitraje institucional debe tener su propia nómina. Duplicidad de criterios para regularla. ¿No es mejor tener una nómina única a nivel nacional?

- La proforma de contrato incorpora dos (2) centros arbitrales acreditados, el postor debe elegir en su propuesta el orden de prelación: (problema de preferencia de determinados centros arbitrales, clientelaje).
- Nuevo formulario al momento de la presentación de propuestas para decidir si el arbitraje es decidido por árbitro único o tribunal compuesto por tres árbitros.
- Todas las denuncias o investigaciones iniciadas de oficio declaradas fundadas por las instituciones arbitrales como por el Consejo de Ética del OSCE, son registradas en el Registro de Infractores y en la base de datos del RNA. ¿Quién controla a los centros de arbitraje?. ¿Tienen capacidad sancionadora? ¿Ante quién se pueden recurrir sus resoluciones, si no son de orden público?. El OSCE sólo resuelve recusaciones en caso de arbitraje *ad-hoc* y SNA.
- Las instituciones arbitrales tienen la facultad de sancionar otras conductas aparte de las establecidas en el supuesto de infracción del D.S. n.º 056-2017-EF.

C. LOS ÁRBITROS

i. El rol de los árbitros

- a) Árbitro «Nunca queda mal con nadie». Caso medida cautelar denegada por la no existencia de peligro en la demora, aduciendo que una entidad de estado no va a desaparecer de la noche a la mañana y no tendría por qué no cumplir con sus obligaciones.
- b) Árbitro de cabecera. Es el árbitro que acepta un sinnúmero de casos de una misma parte, al parecer es imprescindible.

dible para que la parte que lo designa prosiga con su objeto social. ¿Es importante analizar hasta qué punto dicho árbitro es imparcial; ¿qué supuestos pueden desprenderse de su actuación? ¿Qué acepte muchos casos lo convierte en parcializado? En sentido contrario, si no le daría la razón a la entidad que lo designa, ¿lo seguirían designando?

- c) Árbitro engreído de los estudios. Es el árbitro que se desempeña como abogado de parte del estudio de abogados que defiende la posición de determinada parte. Su labor no es la de ser imparcial, sino la de defender la posición del cliente del estudio a quien realmente representa.

3. PROBLEMÁTICA Y SOLUCIONES

1. ¿Cuántos centros con la debida reputación e institucionalidad existen en el país? El movimiento arbitral al interior del país es llevado a cabo por lo general por las Cámaras de Comercio, que en promedio ven veinte a treinta casos al año.
2. ¿Están capacitados los centros de arbitraje para recibir cantidades ingentes de casos arbitrales, si no han tenido la experiencia necesaria? ¿Basta el transcurso del tiempo para administrar casos de controversias por contrataciones con el Estado?
3. ¿Cuentan con infraestructura debida? Cada centro de arbitraje debe tener su propio reglamento arbitral, su propio Código de Ética, su propia nómina de árbitros, su propio consejo que resuelva las recusaciones, su propia tabla de costos arbitrales.
4. Los funcionarios del OSCE no pueden ser árbitros, hasta seis meses después de haber dejado dicha institución, ¿cuál es la justificación?

5. Las nóminas de árbitros que mantiene el RNA deben ser compartidas por todos los centros de arbitraje institucionales a nivel nacional. Es decir, a fin de evitar el copamiento de favoritos, esta nómina debe ser universal, con lo cual los árbitros comprometidos con el arbitraje, están no sólo en la facultad de aceptar el caso, sino comprometerse con la institución y arbitrar a nivel nacional. ¿Va a haber una asignación electrónica en la elección de los árbitros?
6. Las designaciones arbitrales, problema.
7. Las calificaciones para ser árbitro.
8. Notificación del laudo de manera personal y a través del Seace. ¿Qué pasa cuando se hace la notificación de manera personal en el domicilio y no en el Seace dentro del plazo para laudar, ¿es ineficaz? ¿Es anulable? Problemas de *password* y usuario, navegadores predeterminados.
9. Próxima judicialización de los conflictos en contratación pública.

LA DIFERENCIACIÓN DEL DERECHO DE RESOLUCIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS Y LOS CONTRATISTAS EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA EN PERÚ

*Eric Franco Regjo**

La resolución contractual es uno de los aspectos más importantes del derecho contractual. Ello no es distinto en contratos públicos o privados. Las controversias sobre si el derecho a resolver el contrato ha sido ejercido justificadamente suelen revestir un alto grado de complejidad.

Por un lado, los hechos específicos de cada caso usualmente no alcanzan fácilmente en los supuestos obvios previstos por la ley y la doctrina, lo cual implica un esfuerzo especial. Por otro lado, las situaciones que se dan cuando una parte decide resolver el contrato son, por lo general, extremas.

Si el propietario opta por resolver, se enfrentará a la paralización de la obra, incurrir en diversos costos directamente, reclamos de diversos interesados, incluyendo el pago de acreencias a subcontratistas y trabajadores del contratista, la forma adecuada de volver a licitar la obra, cómo continuar la obra con los subcontratistas del contratista, cómo obtener los materiales y equipos que el contratista había comprado o estaba en proceso de comprar y que son vitales para la obra, cómo evitar el deterioro o la pérdida de los materiales y equipos, la definición de quién es propietario de los materiales, equipos, obras, por citar sólo algunas situaciones.

* Abogado y árbitro. Magíster, *Kings College Londres*.

Si es el contratista quien opta por resolver el contrato, deberá estar muy seguro de su derecho, pues en caso sea una resolución indebida, se enfrentará con el riesgo de incurrir en daños y perjuicios por una conducta deliberada (dolo), la cual no está normalmente sujeta a las limitaciones de responsabilidad del contrato y podría dar lugar a la ejecución de las cartas fianza y otras garantías que pueda haber otorgado al propietario.

Todo lo anterior reviste un interés social especial cuando la obra en cuestión es una obra pública, la cual busca cubrir una necesidad pública. El daño social que genera una demora en la conclusión de una obra pública no es fácil de cuantificar, pero suele tener una repercusión que no sólo se puede medir con criterios económicos, pues también es susceptible de implicar variables tales como, por ejemplo, un mayor tiempo de transporte o la falta de un adecuado lugar para cubrir necesidades de salud o educación, según el sector del que se trate.

El presente artículo busca analizar la diferenciación entre el derecho de resolución de las entidades públicas y contratistas, que prevé la normativa de contrataciones del Estado, conforme se encuentra regulada en la actual Ley de Contrataciones del Estado peruana (Ley n.º 30225, la «LCE») y su Reglamento (Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, el «Reglamento»), vigente desde el 9 de enero de 2016, con las modificaciones efectuadas mediante el Decreto Legislativo n.º 1341 y el Decreto Supremo n.º 056-2017-EF, las cuales entraron en vigencia el 5 de abril de 2017.

De una lectura literal de la norma, se desprende que las entidades públicas están facultadas para resolver el contrato ante cualquier incumplimiento del contratista, mientras que los contratistas sólo pueden hacerlo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales por parte de las entidades.

El interés por tratar el tema surgió porque en conversaciones con diversos abogados, vinculados tanto a entidades públicas como a contratistas, y funcionarios públicos, se evidenció que en una primera aproximación al tema la reacción es considerar que la diferenciación en las facultades resolutorias es absoluta y no tiene excepciones. Sin embargo, cuando se entra a analizar incumplimientos de poca importancia y se hace referencia a la aplicación del principio de buena fe, se pierde claridad sobre cómo se debe aplicar la normativa en dicho extremo.

Sumado a lo anterior, el interés por el tema se incrementó debido al hecho de que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) realizó un estudio de laudos sobre resolución contractual en el año 2016, el cual consta de cuatro informes que pueden ser encontrados en la página web de dicho organismo.¹ En dichos informes se sistematiza la principal información de los laudos analizados (partes, tribunal arbitral, parte que resuelve el contrato, tipo de obra, sistema de contratación, modalidad de ejecución contractual) y se identifica el análisis llevado a cabo por los árbitros para determinar en el caso específico si se había cumplido el procedimiento legalmente establecido, considerando para ello los requisitos exigidos, tanto para el requerimiento previo como para la decisión de resolver, así como el análisis de las causales invocadas. A partir de ello, se advierten tendencias y particularidades sobre la forma en la cual los árbitros están resolviendo sobre este tema.

La resolución contractual es uno de los aspectos legales de los contratos más tratados por la doctrina; y, por lo tanto, la literatura sobre la materia es abundante y compleja. El presente artículo pretende mantener un enfoque práctico, sin entrar en todas las discusiones que existen sobre cada aspecto del tema.

¹ Ver: <http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/content/temas-contractuales>.

1. LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

La resolución contractual, tal como señala García de Enterría,

«[...] es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte».²

La resolución contractual presenta algunas particularidades cuando se aplica en el ámbito de un contrato privado o de un contrato público. Sin embargo, en ambos casos se aprecia una base común que al mismo tiempo sirve para ilustrar mejor el funcionamiento de este aspecto del derecho de los contratos.

La regla general aplicable a la resolución por incumplimiento en contratos civiles con prestaciones recíprocas en el Perú se encuentra regulada en los artículos 1428, 1429 y 1430 del Código Civil.³ Los

² García de Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo I*, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, p. 750.

³ Artículo 1428 del Código Civil. «En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

Artículo 1429 del Código Civil. «En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios. Artículo 1430 del Código Civil. «Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.»

artículos 1371⁴ y 1372⁵ del referido Código describen cuándo opera la resolución y se refieren a sus efectos jurídicos.

Según dicho marco normativo, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

Tal como ha señalado Mauro Paladini, existen dos modelos de resolución de contrato, «el modelo judicial, que impone al acreedor de la prestación incumplida dirigirse al juez para obtener una sentencia constitutiva, que produzca la extinción de las respectivas obligaciones de las partes, y; el modelo sustancial, en el cual la resolución se produce por efecto de una declaración unilateral del contratante insatisfecho, cuya legitimidad podrá ser sucesivamente evaluada por el juez con una mera verificación de la subsistencia de los requisitos previstos por la ley.»⁶

En el caso de la resolución extrajudicial, se ha previsto como regla general que antes de activar la resolución del contrato, primero se deba requerir el cumplimiento mediante carta notarial, concediendo un plazo no menor de quince días calendario, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato quede resuelto de pleno derecho.

⁴ Artículo 1371 del Código Civil. «La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.»

⁵ Artículo 1372 del Código Civil. «La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato. La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento. En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este Artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe.»

⁶ PALADINI, Mauro. «Nuevas perspectivas en materia de resolución de contrato por incumplimiento.» *Advocatus*. Lima, 2008, n.º 19, p. 76.

La excepción a dicha regla de resolución extrajudicial ante incumplimiento general de obligaciones, se da cuando las partes acuerdan que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. Ante el incumplimiento de una de esas causales de resolución expresa, la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra su intención de valerse de la cláusula resolutoria.

En el ámbito de la LCE y el Reglamento, los artículos 135 y 136 del Reglamento establecen causales que requieren previa intimación y otras que no.

Mientras que en el caso del incumplimiento por la entidad pública se requiere una intimación previa otorgando un plazo de quince días calendarios para subsanar; en el incumplimiento por el contratista, en algunos casos se requiere la intimación previa y en otros no.

Como regla general, en caso de incumplimiento por el contratista, se requiere que la entidad pública intime al contratista otorgando un plazo de quince días calendario para subsanar. En caso persista el incumplimiento, se resuelve mediante carta notarial.⁷ Cabe señalar que el esquema adoptado por la LCE se distingue de la resolución por intimación del Código Civil en cuanto, según el artículo 1429 del Código Civil, la carta de resolución por intimación ya contiene el potencial efecto resolutorio en caso que la parte incumplidora no subsane su incumplimiento en el plazo establecido. En otras palabras, bajo el esquema del Código Civil no se requiere remitir una nueva comunicación

⁷ En los siguientes casos de incumplimiento por el contratista, se requiere una intimación previa de quince días: 1) Incumplimiento en general, 2) No subsanación en el plazo otorgado de las observaciones incluidas por la entidad pública antes de la conformidad de la obra (Artículo 143.4 del RLCE), 3) Paralización o reducción injustificada de la ejecución de la prestación (artículo 135.3 del RLCE), 4) No presentación del calendario de aceleración de los trabajos dentro del plazo de siete días desde que el inspector o supervisor ordena al contratista hacerlo (artículo 173 del RLCE).

para que la resolución surta efectos, mientras que en el ámbito de la resolución por intimación en contratación pública, sí.

En cambio, como excepción, se contempla algunas obligaciones que en caso sean incumplidas por el contratista dan derecho a la entidad pública a resolver sin una intimación previa, cursando únicamente una comunicación por conducto notarial.⁸

Como vemos, la LCE y el Reglamento regulan ciertas causales de resolución expresa que no requieren intimación previa. Asimismo, a diferencia del Código Civil, que establece que el plazo de intimación, cuando es aplicable, debe ser de no menos de quince días, el Reglamento establece que en caso de contratos de obra el plazo será de quince días.

En consecuencia, la normativa de contrataciones públicas es consistente con el Código Civil, en cuanto contempla la resolución por intimación como regla general y la resolución de pleno derecho por incumplir causales expresas de resolución, sin necesidad de intimación previa, como excepción. Una diferencia entre ambas regulaciones es el plazo para la intimación, como hemos señalado.

2. CAUSALES QUE FACULTAN A LA ENTIDAD PÚBLICA

Las causales de resolución, incluyendo en sentido amplio las causales de resolución por incumplimiento y otras que contempla la normativa, que facultan a las entidades públicas a resolver un contrato de obra, se agrupan en cuatro rubros:

⁸ En los siguientes casos de incumplimiento por el contratista, no se requiere una intimación previa: 1) Incumplimiento de la cláusula anticorrupción (artículo 116° del RLCE), 2) Retraso en la ejecución de la obra cuando la valorización acumulada ejecutada es menor al 80% del monto acumulado programado del nuevo calendario (de aceleración) (artículo 173 del RLCE), 3) Incumplimiento irreversible de obligaciones.

1. Cuando se imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato debido a caso fortuito, fuerza mayor o hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.⁹
2. Incumplimiento de obligaciones del contratista.¹⁰
3. Acumulación del monto máximo de las penalidades.¹¹
4. Prestaciones adicionales y mayores metrados que superen, en conjunto, el 50% del monto del contrato original.¹²

⁹ Artículo 36.1 (Resolución de los contratos) LCE. «36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.» (Subrayado nuestro).

Artículo 135.3 (Causales de resolución) del Reglamento. «135.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.» (Subrayado nuestro).

¹⁰ Artículo 36.1 (Resolución de los contratos) LCE. «36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.» (Subrayado nuestro).

Artículo 135.1.1 (Causales de resolución) del Reglamento. «135.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista: 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello [...]».

¹¹ Artículo 135.1.2 (Causales de resolución) del Reglamento. «135.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista: [...] 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo [...]» (Subrayado nuestro).

¹² Artículo 176 (Prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15%)) del Reglamento. «176.5. Las prestaciones adicionales de obra y los mayores metrados que no provengan de una variación del expediente técnico, en contratos a precios unitarios, en conjunto, no pueden superar el cincuenta por

A lo anterior, se suma una serie de incumplimientos específicos que se listan en la LCE y el Reglamento y que facultan a la entidad pública a resolver el contrato. Ellos son:

1. No subsanación en el plazo otorgado de las observaciones incluidas por la entidad pública antes de la conformidad de la obra.¹³
2. Paralización o reducción injustificada de la ejecución de la prestación.¹⁴
3. No presentación del calendario de aceleración de los trabajos dentro del plazo de siete días desde que el inspector o supervisor ordena al contratista hacerlo.¹⁵

ciento (50%) del monto del contrato original. En caso que superen este límite, se procede a la resolución del contrato, no siendo aplicable el artículo 138; para continuar con la ejecución de la obra debe convocarse a un nuevo procedimiento por el saldo de obra por ejecutar, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al proyectista.»

¹³ Artículo 143 (Recepción y conformidad) del Reglamento. «143.4. De existir observaciones, la Entidad debe comunicarlas al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días, dependiendo de la complejidad. Tratándose de consultorías y de contratos bajo modalidad mixta el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) días, dependiendo de la complejidad. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar.»

¹⁴ Artículo 135 (Causales de resolución) del Reglamento. «La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista: [...] 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.»

¹⁵ Segundo párrafo del Artículo 173 (Demoras injustificadas en la ejecución de la Obra) del Reglamento. «La falta de presentación de este calendario dentro del plazo señalado en el párrafo precedente puede ser causal para que opere la intervención económica de la obra o la resolución del contrato. El nuevo calendario no exime al contratista de la responsabilidad por demoras injustificadas, ni es aplicable para el cálculo y control de reajustes.»

4. Incumplimiento de la cláusula anticorrupción.¹⁶
5. Retraso en la ejecución de la obra cuando la valorización acumulada ejecutada es menor al 80% del monto acumulado programado del nuevo calendario (de aceleración).¹⁷
6. Incumplimiento de una decisión de la Junta de Resolución de Disputas, en caso haya una.¹⁸

3. CAUSALES QUE FACULTAN AL CONTRATISTA

Las causales de resolución, incluyendo en sentido amplio las causales de resolución por incumplimiento y otras que contempla la normativa, que facultan a los contratistas a resolver un contrato de obra, se agrupan en dos rubros:

¹⁶ Artículo 116 (Contenido del Contrato) del Reglamento. «[...] 116.2. El contrato debe incluir, bajo responsabilidad, cláusulas referidas a: (i) Garantías, (ii) Anticorrupción, (iii) Solución de controversias y (iv) Resolución por incumplimiento. [...] 116.4. Cláusulas Anticorrupción. Conforme a lo establecido en los artículos 32 y 40 de la Ley, todos los contratos deben incorporar cláusulas anticorrupción, bajo sanción de nulidad. Dichas cláusulas deben tener el siguiente contenido mínimo: [...] El incumplimiento de las obligaciones establecidas en estas cláusulas, durante la ejecución contractual, da el derecho a la Entidad correspondiente a resolver automáticamente y de pleno derecho el contrato, bastando para tal efecto que la Entidad remita una comunicación informando que se ha producido dicha resolución, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiera lugar.» (Subrayado nuestro).

¹⁷ Tercer párrafo del artículo 173 (Demoras injustificadas en la ejecución de la Obra) del Reglamento. «Cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada es menor al ochenta por ciento (80%) del monto acumulado programado del nuevo calendario, el inspector o el supervisor debe anotar el hecho en el cuaderno de obra e informar a la Entidad. Dicho retraso puede ser considerado como causal de resolución del contrato o de intervención económica de la obra, no siendo necesario apercibimiento alguno al contratista de obra.»

¹⁸ Cuarto párrafo del artículo 212 (Las decisiones y su obligatoriedad) del Reglamento. «El cumplimiento de la decisión de la Junta de Resolución de Disputas es una obligación esencial. Su incumplimiento otorga a la parte afectada la potestad de resolver el contrato.»

1. Cuando se imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato debido a caso fortuito, fuerza mayor o hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.¹⁹
2. Incumplimiento de obligaciones esenciales del Estado (no taxativo).²⁰

A lo anterior, se suma una serie de incumplimientos específicos que se listan en la LCE y el Reglamento como causales de resolución, todos sujetos a intimación en caso el contratista desee resolver el contrato. Ellos son:

1. Incumplimiento del pago de la contraprestación pactada.²¹

¹⁹ Artículo 36.1 (Resolución de los contratos) LCE. «36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.» (Subrayado nuestro).

Artículo 135.3 (Causales de resolución) del Reglamento. «135.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.» (Subrayado nuestro).

²⁰ Artículo 135.2 (Causales de resolución) del Reglamento. «135.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 136.» (Subrayado nuestro).

²¹ Artículo 135.2 (Causales de resolución) del Reglamento. «135.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 136.» (Subrayado nuestro).

2. Incumplimiento de una decisión de la Junta de Resolución de Disputas.²²
3. Obligaciones relacionadas con el inicio de la obra: 1) Designación y notificación sobre quién será el inspector o supervisor, 2) No entrega total o parcial del terreno o lugar, 3) No entregar el Expediente Técnico completo en caso de modificaciones derivadas de la absolución de consultas y observaciones, 4) No entregar el adelanto directo, 5) No entregar el calendario de entrega de materiales e insumos, de ser el caso.²³

²² Cuarto párrafo del artículo 212 (Las decisiones y su obligatoriedad) del Reglamento. «El cumplimiento de la decisión de la Junta de Resolución de Disputas es una obligación esencial. Su incumplimiento otorga a la parte afectada la potestad de resolver el contrato.»

²³ Artículo 152 (Inicio del plazo de ejecución de obra) del Reglamento. «152.1. El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones: a) Que la Entidad notifique al contratista quien es el inspector o el supervisor, según corresponda; b) Que la Entidad haya hecho entrega total o parcial del terreno o lugar donde se ejecuta la obra, según corresponda; c) Que la Entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que, de acuerdo con las Bases, hubiera asumido como obligación; d) Que la Entidad haya hecho entrega del Expediente Técnico de Obra completo, en caso este haya sido modificado con ocasión de la absolución de consultas y observaciones; e) Que la Entidad haya otorgado al contratista el adelanto directo, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 156. Las condiciones a que se refieren los literales precedentes, deben ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato. En caso no se haya solicitado la entrega del adelanto directo, el plazo se inicia con el cumplimiento de las demás condiciones. Si la Entidad no cumple con las condiciones señaladas en los literales precedentes, el contratista puede iniciar el procedimiento de resolución del contrato dentro del plazo de quince (15) días de vencido el plazo previsto en el párrafo anterior. [...]» (Subrayado nuestro).

4. LA DIFERENCIACIÓN EN EL DERECHO DE RESOLUCIÓN: OBLIGACIONES ESENCIALES Y NO ESENCIALES

Tal como hemos señalado, entre los distintos aspectos de la resolución contractual del contrato de obra pública, uno que llama especialmente la atención es que la regulación contempla que mientras que las entidades públicas están facultadas para resolver el contrato ante cualquier incumplimiento del contratista, los contratistas sólo están facultados en caso la entidad haya incumplido obligaciones esenciales.

Dicha distinción ha generado que exista la idea común en muchos operadores del derecho de que la entidad pública está facultada a resolver el contrato realmente por cualquier incumplimiento del contratista, sin importar su magnitud.

La distinción entre obligaciones esenciales y no esenciales se aprecia en la regulación de las contrataciones del estado al menos desde el año 1997, cuando se unificaron las normas sobre contratación pública con la Ley n.º 26850,²⁴ y se ha mantenido a lo largo de las distintas modificaciones de dicha normativa: Decreto Supremo n.º 012-2001-

²⁴ El artículo 41 de dicha norma establecía lo siguiente: «Artículo 41.- Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios, incluirán necesariamente y bajo responsabilidad, cláusulas referidas a: [...] c) Cláusula de Resolución de Contrato por Incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, esta última podrá resolver el contrato, en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del acuerdo o resolución en la que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho acuerdo o resolución será aprobado por autoridad del mismo nivel jerárquico que aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.» (Subrayado nuestro).

PCM,²⁵ Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM,²⁶ Decreto Legislativo n.º 1017,²⁷ y la actual LCE y su Reglamento.

²⁵ El artículo 41º de dicha norma establecía un texto muy parecido al de su predecesora: «Artículo 41.- Los contratos regulados por la presente Ley incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a: [...] c) Resolución de Contrato por Incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato, en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.» (Subrayado nuestro).

²⁶ El artículo 41 de dicha norma establecía lo siguiente: «Artículo 41.- Los contratos regulados por la presente Ley incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a: [...] c) Resolución de Contrato por Incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato; en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial el documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.» (Subrayado nuestro).

²⁷ El artículo 40 de dicha norma establecía lo siguiente: «Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos. Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a: [...] c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel je-

En el artículo 143²⁸ del reglamento del Decreto Supremo n.º 013-2001-PCM, se especificaba que la entidad podía resolver el contrato ante el incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales, legales o reglamentarias, y se precisaba que en caso de obligaciones contractuales no esenciales, la entidad sólo podía resolver si realizaba dos intimaciones previas. En cuanto a lo que debe entenderse por obligaciones esenciales de la entidad, el artículo 144²⁹ del reglamento indicaba que eran el pago de la contraprestación, las obligaciones que fueron factores de calificación y selección, y aquellas indispensables para el normal cumplimiento del contrato.

En cambio, el artículo 225 del reglamento del D.S. n.º 083-2004-PCM³⁰ estableció que eran esenciales aquellas contempladas en las bases

rárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.» (Subrayado nuestro).

²⁸ Artículo 143 (Causales de resolución por causas imputables al contratista) del D.S. 013-2001-PCM. «La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41 de la Ley, en los casos en que el contratista: a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales esenciales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello. En el caso de obligaciones contractuales no esenciales, la Entidad podrá resolver el contrato sólo si, habiéndolo requerido dos (2) veces, el contratista no ha verificado su cumplimiento; [...]» (Subrayado nuestro).

²⁹ Artículo 144 (Resolución del contrato) del D.S. n.º 013-2001-PCM. «[...] Para efectos de lo dispuesto en el inciso c) del artículo 41 de la Ley, se considerarán como obligaciones esenciales los pagos en las oportunidades previstas en el contrato, las que fueron factores de calificación y selección, y aquellas condiciones que resulten indispensables para el normal cumplimiento del contrato.»

³⁰ Artículo 225 (Causales de resolución) del D.S. n.º 084-2004-PCM. «La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 41 de la Ley, en los casos en que el contratista: 1) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber

o en el contrato. En el 2004, en el nuevo artículo 225° del Reglamento se retira la palabra «esencial» de las obligaciones del contratista, lo cual da como resultado —de una lectura literal— que la entidad pública puede resolver el contrato ante el incumplimiento de cualquier tipo de obligación del contratista.

Por su parte, el artículo 168³¹ del reglamento del Decreto Legislativo n.º 1017 tampoco reguló ejemplos de obligaciones esenciales y remitió su calificación a lo que se establezca en las bases o en el contrato.

Finalmente, la actual LCE y su Reglamento establecen una lista no taxativa de obligaciones esenciales, como se ha referido antes, incluyendo el pago de la contraprestación, diversas obligaciones relacionadas con el inicio de la obra y el incumplimiento de una decisión de la junta de resolución de disputas.

Lo que se debe entender por una obligación esencial en el ámbito de las contrataciones del Estado, ha sido poco desarrollado en las opi-

sido requerido para ello. [...] El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 41 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 226.» (Subrayado nuestro)

³¹ Artículo 168; (Causales de resolución por incumplimiento) del Decreto Legislativo n.º 1017. «La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista: 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello. [...] El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169.»

niones del OSCE,³² la doctrina nacional³³ y laudos arbitrales.³⁴ Si bien por lo general se indica que una obligación esencial es aquella que resulta necesaria para alcanzar la finalidad del contrato, el legislador ha considerado esenciales algunas que no cumplen necesariamente con ese requisito, como por ejemplo el incumplimiento de la decisión de una junta de resolución de disputas o el incumplimiento en la designación del inspector o supervisor de la obra.

Hemos identificado un caso en el cual la normativa de contrataciones distinguió entre obligaciones y obligaciones esenciales del contra-

³² Ver por ejemplo: Opinión OSCE n.º 027-2014/DTN del 13 de febrero del 2014: «De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato [...] Considerando que las obligaciones esenciales son aquellas cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato; las obligaciones no esenciales pueden definirse como aquellas cuyo cumplimiento no es indispensable para alcanzar la finalidad del contrato o, en otras palabras, su incumplimiento no impide alcanzar la finalidad del contrato.»

³³ RODRÍGUEZ ARDILES, *ibid.*

³⁴ Ver, por ejemplo, el laudo arbitral emitido en el caso entre Provías Nacional (MTC) y T&ZAC Contratistas y Servicios Generales: «[...] Abundando en lo anterior, es importante indicar que el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas.» O el laudo arbitral emitido en el caso entre INPE y Consorcio Nor Oriente: «[...] tiene el convencimiento que la primera causal alegada por el consorcio como obligación incumplida para la resolución del contrato no es válida, pues la misma ya había sido cumplida mediante la Resolución Directoral n.º 162-2011-MTC/20 por la cual se concede la autorización del derecho de uso de vía [...], y «[...] en lo referente a la segunda causal alegada como incumplimiento del INPE, respecto al pago de las valorizaciones reclamadas, esta sí constituye un incumplimiento de carácter esencial atendiendo a que la contraprestación económica a cargo de la Entidad es la obligación central y casi única de las entidades en la contratación estatal.»

tista, pero se trata de una referencia aislada que no altera lo que se ha venido comentando. Se trata del artículo 97 del Reglamento de la Ley n.º 26850, el cual señalaba, con relación a la recepción y conformidad de bienes y servicios, que: *«En el caso que existan observaciones, se levantará un Acta de Observaciones, en la que se indicará claramente en qué consisten éstas, dando al Proveedor un plazo prudente para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá exceder de un quinto del plazo de entrega, ni ser menor de dos (2) días, siempre que las observaciones no constituyan obligaciones esenciales del Contratista. La conformidad de recepción de los servicios requiere de previo informe de los servidores del área usuaria. (...)»* (Subrayado nuestro).

4.1. Justificación de la distinción

La doctrina nacional,³⁵ las opiniones del OSCE,³⁶ diversos laudos arbitrales³⁷ y hasta la propia Exposición de Motivos del Reglamento³⁸ han identificado que la justificación de la distinción en la facultad resolutiva

³⁵ RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. Resolución del Contrato por Incumplimiento de Obligación Esencial no pactada en los Contratos sujetos a la Ley de Contrataciones del Estado. *Revista de Arbitraje PUCP*, junio 2011, p. 41.

³⁶ Ver por ejemplo la opinión OSCE n.º 027-2014/DTN del 13 de febrero del 2014: «De esta manera, a través de la distinción descrita, la normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.»

³⁷ Ver por ejemplo el laudo arbitral emitido en el caso entre Provías Descentralizado – MTC y Consorcio Ayacucho: «[...] la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista) y la del contratista (sólo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas: en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado.»

³⁸ Al respecto, la propia Exposición de Motivos del actual Reglamento señala que «de igual forma, prevé las causales de resolución que pueden invocar los contratistas, las que solo se encuentran referidas al incumplimiento en el pago y/u otras

ria radica en la finalidad pública que persigue el Estado, en contraposición al mero fin de lucro que busca el privado.

En el ámbito español, García de Enterría y Fernández se han expresado en la misma línea: *«Lo que se persigue con estos contratos es satisfacer de la mejor manera posible el interés público; se trata, ante todo, de construir la obra pública que demanda el interés general, de prestar el servicio público en las condiciones que exijan en cada momento las necesidades públicas que el servicio está llamado a cubrir, de facilitar a la Administración las cosas muebles que ha menester. Si para conseguir estos fines, implícitos en el contrato y connaturales al mismo, es necesario adaptar a las nuevas necesidades los términos de lo pactado, esta adaptación es obligada. La inalterabilidad del fin impone o puede imponer la alteración parcial o, mejor aún, la adaptación del objeto.»*³⁹

Dichos autores, inclusive han llegado a afirmar que las entidades públicas están facultadas, en cierta medida, a incumplir determinadas obligaciones: [existe una] *«cierta prerrogativa de incumplir por parte de la Administración, ya que a diferencia de lo que ocurre en los casos de incumplimiento del contratista [...] a efectos de autorizar la resolución, el incumplimiento de la Administración sólo da lugar a aquella 'en los casos previstos en esta Ley' [...]»*.

Si ello fuera correcto, la diferenciación de las facultades resolutorias que contempla la LCE y su Reglamento no sería más que la concretización de los principios que gobiernan (o que deben gobernar) a los contratos públicos; y, en consecuencia, el contratista sólo puede resolver el contrato de obra pública cuando la entidad incumpla obligaciones esenciales, mientras que la entidad lo puede ejercer ante el incumpli-

obligaciones esenciales a cargo de la Entidad; ello por cuanto se encuentra involucrado el interés público en el cumplimiento de los objetivos institucionales.»

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Editorial Thomson Civitas: España, 2005, 12ª edición, p. 741.

miento por parte del contratista de *cualquier* obligación, bastándole únicamente cumplir con el procedimiento que para cada caso establece la LCE.

Sin embargo, la distinción entre la facultad resolutoria de los propietarios y los contratistas no se encuentra únicamente en el ámbito público. En diversos contratos privados también se encuentra previsto, con dudosa validez legal, que si bien el propietario puede resolver el contrato ante cualquier incumplimiento del contratista, el contratista sólo puede resolver en caso que el propietario incumpla alguna obligación esencial.

En tal sentido, en realidad, la distinción entre las facultades resolutorias, a nivel de texto contractual, está más bien definido por el hecho de que un propietario con poder de negociación impone dicha diferenciación porque puede hacerlo y considera que lo beneficiará en algo, antes que en el hecho que se trate de un contrato público o privado.

4.2. Aplicación práctica de las facultades resolutorias diferenciadas en el ámbito privado

Sea cual sea la razón para distinguir entre la facultad resolutoria del propietario y el contratista, este tema ha sido abordado por diversos comentaristas.

La doctrina civil es la que más ha desarrollado el derecho que regula la resolución contractual. Si bien hay sectores que consideran que la resolución contractual es una sanción ante el incumplimiento de alguna obligación, en realidad lo razonable es considerar que el incumplimiento debe revestir suficiente magnitud para que la parte que se encuentra en cumplimiento pueda apartarse del contrato.

Díez-Picazo señala que: «[...] *La resolución no es primariamente una medida de sanción del incumplimiento. Debe observarse que algunas de las*

*normas que permiten la resolución, ligan ésta, como consecuencia, a una imposibilidad definitiva de la prestación, independizada de la posible culpabilidad del deudor de tal prestación. (...) la resolución exige considerarla como un medio de protección y de defensa de una de las partes de la relación obligatoria, la que sufre de la inejecución del programa de prestación, que no tiene ya razones de peso para continuar vinculada, para verse forzada a ejecutar su propia prestación, si todavía no lo hubiere hecho, o para no recuperar la atribución patrimonial que hubiese llevado a cabo».*⁴⁰

Existe un criterio unánime en doctrina al exigir que quien pretenda la resolución del contrato debe considerar no sólo el incumplimiento de las obligaciones de su contraparte, sino que dicho incumplimiento debe ser de tal magnitud que supere el interés por seguir atado al contrato. Dicha magnitud no viene dada sólo por el tipo de obligación incumplida, esencial o no esencial, sino por las características del incumplimiento mismo, reiteración, intimación previa o acuerdo de causales resolutorias, por ejemplo, todo lo cual puede generar que el incumplimiento sea de magnitud suficiente.

Es decir, no cabe la posibilidad de ejercer la resolución contractual cuando se trate del incumplimiento leve de obligaciones, pues ello iría en contra de la buena fe contractual.

En caso de incumplimientos de poca magnitud, la parte perjudicada podrá, evidentemente, ejercer cualquier otro remedio contractual regulado en el contrato o en la ley,⁴¹ mas no podrá activar un mecanismo tan radical como la terminación anticipada del contrato. Al respecto, Luis Díez-Picazo señala que: «*En la doctrina y en la jurisprudencia ha*

⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. cit.*, pp. 704-705.

⁴¹ En palabras de Luis Díez-Picazo, «*La resolución no puede prosperar cuando lo incumplido son deberes de tipo accesorio o complementario, que no constituyen el objeto principal de la relación. La violación de los deberes accesorios puede dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios, pero no constituye per se incumplimiento resolutorio.*» En: DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. «Las relaciones obligatorias». Editorial Civitas. Madrid: 5a edición, 1996, p. 710.

tenido un cierto eco la idea de que para poder ser elevado a la categoría de 'incumplimiento resolutorio', aquél debe ser grave. Esta idea fue sostenida por Jordano Barea, quien afirmó que para que la resolución tenga lugar, hace falta que el juez considere sustancial la sobrevenida violación del contrato, de tal manera que ello es lo que legitima la demanda del acreedor dirigida a resolver el vínculo. El contrato es irresoluble, añade Jordano, si el incumplimiento de una de las partes posee escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra.»⁴²

Es más, en otros ordenamientos jurídicos como el italiano, que inspiraron varias normas del Código Civil peruano, se reconoce expresamente la magnitud que debe ostentar el incumplimiento de una obligación para que se pueda ejercer válidamente la resolución del contrato.

En relación a esto y parafraseando la disposición correspondiente del Código Civil italiano (artículo 1455), Messineo señala que: «el contrato no puede ser resuelto si el incumplimiento fuese de tenue magnitud, habida cuenta de la entidad del interés del acreedor [...] y prescindiendo de las condiciones económicas del deudor.» Además, señala que «la razón por la que la escasa importancia del incumplimiento obsta a la resolución reside en el principio de la buena fe contractual; y, por lo tanto, la regla ha de considerarse de orden público.»⁴³

En la doctrina local también se ha considerado lo anterior. Pese a que se reconoce la inexistencia de una disposición expresa en nuestro Código Civil que regule dicha situación, tal como lo hace el Código Civil italiano, no es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico considerar el incumplimiento grave o esencial como condición para activar la resolución contractual.

⁴² *Ibidem*, p. 711.

⁴³ MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Ara Editores, 2007, 1ª edición, p. 724.

Por ello, estamos de acuerdo con Forno Flórez cuando pone de manifiesto que: «Como sabemos, en nuestro Código no existe un precepto específico que sólo permita la resolución en los casos de incumplimiento de importancia no escasa o, si se prefiere, que excluya la posibilidad de resolver la relación contractual cuando el incumplimiento es de escasa relevancia. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico peruano también debe considerarse presente tal norma, pues constituye una específica manifestación de la regla de la buena fe objetiva cuya aplicación ordena el artículo 1362 de nuestro Código. En tal sentido, para determinar cuándo es que el incumplimiento de una de las partes es de tal entidad como para justificar la resolución, debe atenderse a las reglas de la buena fe, considerando que el incumplimiento puede ser cualitativo, cuantitativo o temporal.»⁴⁴

Es más, en relación con la resolución del contrato por incumplimiento, regulada en el artículo 1428 de nuestro Código Civil, Arias-Schreiber ha señalado que «en principio y por regla general, este incumplimiento debe ser total para que se justifique la resolución del contrato. Empero, no debemos apartarnos del principio de buena fe que inspira los contratos y, dentro de este criterio, creemos que cuando la prestación haya sido casi totalmente satisfecha o el cumplimiento defectuoso sea de escasa relevancia, el juez podría negarle al actor el derecho a la resolución y limitarse a exigirle al demandado su cumplimiento.»⁴⁵

Sobre el mismo artículo, De la Puente y Lavalle planteó claramente el tema de la siguiente manera: «En el caso del cumplimiento parcial, la entidad de la ejecución por el deudor de la prestación a su cargo puede ser de tal magnitud que lo que resta por ejecutar sea, como dice el artículo 1455 del Código Civil italiano, de escasa importancia habida cuenta del interés del acreedor. Cabe preguntarse si, en tal eventualidad,

⁴⁴ FORNO FLÓREZ, Hugo. Resolución por intimación. En: *Ius et Veritas. Estudios de derecho contractual*. Lima: Asociación Civil Ius Et Veritas, 2014, p 509.

⁴⁵ ARIAS-SCHREIBER, Max. «*Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*». Contratos - Parte General. Lima: Normas Legales, 2011, 2ª edición, p. 196.

el artículo 1428 de nuestro Código Civil debe aplicarse con toda rigurosidad, admitiendo la posibilidad de la resolución pese a que el interés del acreedor haya sido sustancialmente satisfecho.»⁴⁶

En adición a ello, De la Puente y Lavalle recordó una justificación adicional para que no proceda la resolución contractual cuando el incumplimiento de una prestación no lo amerita: «No obstante que los ordenamientos jurídicos francés, español y argentino, a semejanza del nuestro, no contienen una disposición similar a la del artículo 1455 del Código civil italiano, la doctrina de dichos países (Ripert y Boulanger, Diez-Picazo y Borda), pese a considerar que, en principio, el cumplimiento parcial abre la vía para la resolución por incumplimiento, admite que si la ejecución, aunque incompleta, es importante para el efecto de la finalidad del contrato, debe rechazarse la solicitud de resolución. El fundamento que se invoca para opinar así es que exigir la resolución importaría un abuso del derecho de resolución.»⁴⁷ (Lo subrayado es nuestro).

Dicho autor concluye señalando que «en el caso de la ejecución parcial, tardía o defectuosa de la prestación, la regla general debe ser que procede la resolución del contrato por incumplimiento, pero que excepcionalmente, cuando la falta, la demora o el defecto son de tan escasa monta, tomando en cuenta el contenido íntegro de la relación contractual, que sería contrario a la buena fe hacerlos valer como causal de resolución, puede desestimarse la solicitud del actor», sentenciando que «la celosa observancia de la buena fe-lealtad debe atemperar la rigurosa aplicación del artículo 1428 del Código Civil.»⁴⁸

Recientemente, en la Sentencia del Pleno Casatorio IX - Casación n.º 4442-2015-Moquegua se ha señalado lo siguiente en su consideración

⁴⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Palestra Editores: Lima, 2007, Tomo II, p. 391.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 393.

94: «[Q]ue el incumplimiento, esto es, tanto el incumplimiento total como el cumplimiento inexacto (cumplimiento parcial, tardío o defectuoso), sea uno importante o relevante, es decir, que la prestación incumplida afecte gravemente la economía del contrato y el interés que tenía el acreedor en el cumplimiento de la prestación insatisfecha, cabe precisar que este específico presupuesto no se exigirá para la actuación de la resolución por cláusula resolutoria expresa toda vez que la correspondiente valoración ya ha sido hecha por las partes, que pactando la cláusula han considerado ese tal incumplimiento, previsto por ella, indudablemente idóneo para determinar la resolución [...]»⁴⁹

Finalmente, a modo de reforzar la idea de lo extendido del tratamiento antes indicado, es ilustrativo citar el artículo 7.3.1, Sección 3, de los Principios de Unidroit (2010),⁵⁰ donde se indica que una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial; y se precisa que para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si: (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; (c) el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro; (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

⁴⁹ Sentencia del Pleno Casatorio IX - Casación n.º 4442 - 2015 - Moquegua, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 18 de enero de 2017. p. 7687.

⁵⁰ Consultado en septiembre de 2017 en:
<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

En tal sentido, en el ámbito privado queda claro que el incumplimiento de obligaciones no genera *per se* la posibilidad de resolver el contrato. La doctrina internacional y local ha sido unánime en ese sentido. Nuestra propia legislación sustenta dicha idea al amparo, por lo menos, del artículo 1362 del Código Civil sobre la buena fe, aplicable no sólo como principio del derecho, sino más bien como regla o disposición legal expresamente regulada como tal. Por si ello fuera poco, se podría considerar que una resolución por un incumplimiento no material vulnera el principio de fuerza vinculante del contrato o *pacta sunt servanda*⁵¹, pues le permitiría a una parte contractual desvincularse de un contrato sin una causal que lo amerite. Del mismo modo, se podría sostener que una resolución en dichos términos vulneraría en principio de conservación de los contratos.

4.3. Aplicación práctica de los derechos de resolución diferenciados en el ámbito público

Sin embargo, al aproximarnos a la diferenciación en cuanto al derecho de resolución de las partes reconocidas por la LCE y su Reglamento, surge la duda sobre si el tratamiento debería ser el mismo que en el ámbito privado o ser distinto.

Lo primero que alimenta la duda es el interés por parte del legislador de fortalecer la prelación de la aplicación de las normas para resolver las controversias que surjan durante la ejecución contractual, dejando a las normas del derecho privado en el último escalón y estableciendo el carácter de orden público de dicha disposición en específico. Esto puede observarse en el artículo 45.3 de la LCE, en donde se establece que «las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de

⁵¹ Artículo 1361 del Código Civil. «Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.»

las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público».

Dicha disposición parece generar dudas, pues el artículo que se suele citar para hacer referencia al principio de buena fe, que es el que se emplea para justificar que el incumplimiento siempre debe ser grave para facultar a una parte a resolver el contrato, es el artículo 1362 del Código Civil. Dicho artículo, analizado aisladamente, se encuentra en una norma que aplica en último rango de prelación en materia de contrataciones del Estado, en virtud al artículo 45.3 de la LCE, antes citada.

Si bien en una primera impresión parecería que se trata de un tema sencillo, y la mayoría de operadores del derecho en Perú afirmarían que sin duda el principio de buena fe aplica en materia de contratación pública; lo cierto es que cuando se entra en la discusión específica sobre los diferentes derechos de resolución que otorga la LCE a las entidades públicas y a los contratistas, un importante grupo afirma con claridad que la distinción es válida y que las entidades pueden resolver el contrato por cualquier incumplimiento.

Antes de entrar al caso peruano, veamos algunas referencias interesantes de los casos chileno, argentino y español.

En el caso de Chile, Molina y Ríos citan los Dictámenes de la Contraloría de Chile N° 26538 de 1985, 21990 de 1986 y 4154 de 1980, en los que expresamente se reconoce la aplicación del principio de buena fe en los contratos administrativos: «En los contratos administrativos debe imperar el principio de buena fe, tanto en su celebración como en el cumplimiento de sus disposiciones, como asimismo el equilibrio económico que debe preservarse en todo convenio de carácter conmutativo.» A mayor abundamiento, citan el Dictamen n.º 3149, de 24 de enero de 2002, en el que la Contraloría de Chile señaló lo siguiente: «En todo contrato bilateral y conmutativo están presentes, entre otros

principios, el del cumplimiento de buena fe de sus obligaciones y el de no enriquecimiento sin causa de las partes, de modo que no procede que la administración desconozca un impedimento real y objetivo no imputable al contratista, que se presentó durante el desarrollo de las obras. Sin desmedro de que una conclusión en contrario permitiría a la Administración beneficiarse de su propia imprevisión en perjuicio de un contratista que actuó de buena fe.»⁵²

En el caso argentino, Chibán se refiere al principio de la buena fe, como uno «[...] de génesis iusprivatista, incorporado como principio general en el derecho público y hoy considerado como uno de aquellos que forman parte del sistema axiológico de la constitución [...] El Estado no puede ejercer sus potestades desconociendo que la buena fe es un principio activo que también le cabe como gestor del bien común, es por ello que no será factible exigir al administrado un comportamiento que exceda lo previsto en el marco de la contratación.»⁵³

En esa misma línea, Gordillo señala que: «la administración no debe actuar como si se tratara de un negocio, ni tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa del contratista o aprovecharse de situaciones legales o fácticas que la favorezcan en perjuicio de aquél. Tampoco el contratista puede tratar de obtener ganancias de situaciones legales o fácticas que lo favorezcan en detrimento de aquélla.»⁵⁴

En el caso de España, encontramos que el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece que la resolución contractual requiere que el incumplimiento verse sobre obligaciones esenciales, ya sea que quien incumpla sea la entidad pública o el contratista. Así, en

⁵² MOLINA RÍOS, Carlos y Víctor, RÍOS SALAS. *Derecho de la construcción*. O'Print: Santiago, 2016, pp. 440 y 446.

⁵³ CHIBÁN, Nora. *Capítulo Cuarto: Aplicación de los Principios de Buena Fe y «Pacta Sunt Servanda»*. En: CASSAGNE, Juan Carlos. *Tratado general de los contratos públicos*. Primera Edición. Tomo II. Buenos Aires; La Ley. 2013, pp. 827-837.

⁵⁴ GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Tomo I, pp. XI-34.

su artículo 223 se establece que: «Artículo 223. Causas de resolución. Son causas de resolución del contrato: [...] f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.» Asimismo, en los literales h) e i) se extiende a las obligaciones calificadas como causal de resolución.⁵⁵

Según refiere Ariño, en España no se calificaba la materialidad de las obligaciones cuyo incumplimiento podía ser causal de resolución. Habría sido con el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el año 2000, en donde el artículo 111º fue modificado para incluir la calificación de «esenciales» en la redacción de la causal antes señalada. En ese sentido, dicho autor señala que: «Como puede verse, el precepto reglamentario era especialmente duro, dado que autorizaba a la resolución contractual por el incumplimiento de cualquier cláusula, sin apreciar la importancia de la misma. No obstante, en aquella época, la jurisprudencia de la Sala 1ª respecto del artículo 1.124 del Código Civil venía a exigir un plus a la resolución contractual, cual era la existencia

⁵⁵ El artículo 223 del Real Decreto Legislativo n.º 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público señala: «Artículo 223. Causas de resolución. Son causas de resolución del contrato: a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85. b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento. c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista. d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112. e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8. f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato. g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I. h) Las establecidas expresamente en el contrato. i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley.» Versión consultada en septiembre de 2017 en la página web del Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es>.

de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento contractual. Sin embargo, esta doctrina ha venido evolucionando [...] en los contratos bilaterales recíprocos ya no es precisa una voluntad deliberadamente rebelde del incumplimiento, bastando que merced al incumplimiento de las obligaciones de una de las partes no sea posible alcanzar el fin económico perseguido por el contrato. Sin duda de acuerdo con esta doctrina contractual, en el artículo 111 del TRLCAP, se incide para que sea eficiente como causa relevante un incumplimiento esencial del contrato, 'obligaciones contractuales esenciales' o sin duda de forma equiparada a éstas 'aquellas que se establezcan expresamente en el contrato', en el sentido de que se establecen expresamente en el contrato como esenciales.»⁵⁶ (Subrayado nuestro).

Dicho lo anterior, y volviendo al caso peruano, en el cual el artículo 1362 del Código Civil se encuentra en una norma que aplica en último rango de prelación en materia de contrataciones del Estado en virtud al artículo 45.3 de la LCE, antes citada, podríamos afirmar que el principio de buena fe es un principio que inspira todo el derecho, tanto público como privado y que inclusive no necesitaría estar reconocido normativamente para que sea aplicable.

Por si fuera poco, es de suma relevancia precisar que el artículo 103 de la Constitución Política del Perú proscribe el abuso del derecho, cuando señala que «la Constitución no ampara el abuso del derecho».

El abuso del derecho es una manifestación del principio de buena fe. En tal sentido, del artículo 103 de la Constitución Política se desprendería directamente que la facultad resolutoria no podría ser ejercida de manera abusiva por una entidad pública.

⁵⁶ ARIÑO Y ASOCIADOS. *Comentarios a la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas*. Tomo III – La gestión del contrato. Editorial Granada, España, 2005, Tomo II, pp. 1127 - 1128.

En adición a lo anterior y tal como hemos mencionado con relación al tratamiento de este tema en derecho privado, en el ámbito público también se podría considerar que una resolución por un incumplimiento no material vulneraría el principio de fuerza vinculante del contrato o *pacta sunt servanda*, que inspira el derecho de los contratos, pues le permitiría a una parte contractual desvincularse de un contrato sin una causal que lo amerite. Del mismo modo, se podría sostener que una resolución en dichos términos vulneraría en principio de conservación de los contratos.

Finalmente, a ello se le suma la aplicación de los principios que inspiran la LCE, tales como los principios de eficacia, eficiencia y equidad.⁵⁷

Todo lo anterior brinda un marco legal suficientemente claro para aplicar, en particular, el principio de buena fe en materia de contratación pública.

Como se ha visto, la doctrina relacionada con la resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones no es exclusiva del ámbito civil. Por el contrario, ésta ha servido para explicar la misma situación

⁵⁷ Artículo 2 (Principios que rigen las contrataciones) de la LCE. «Las contrataciones del Estado se desarrollan con fundamento en los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público que resulten aplicables al proceso de contratación. Los principios sirven de criterio de interpretación para la aplicación de la presente Ley y su reglamento, de integración para solucionar sus vacíos y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones: [...] f) Eficacia y Eficiencia. El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos. [...] i) Equidad. Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.»

en los contratos públicos⁵⁸. Aun cuando no se diga expresamente en la ley o en el contrato, sólo el incumplimiento de obligaciones graves o esenciales habilitaría la resolución del contrato al amparo de la buena fe en la ejecución contractual.

De este modo, podría señalarse de manera general que si el contratista incumple con obligaciones accesorias, mal haría la entidad pública en pretender la resolución del contrato, pues no estaría justificada la resolución. Ello, sin considerar el hecho de que una terminación anticipada puede significar un perjuicio mayor al poner en riesgo el cumplimiento de los objetivos y finalidades públicos que; en la mayoría de casos, obedecen a un plan y políticas de gobierno concretas.

5. CONCLUSIONES

Como se indicó al inicio, el presente artículo busca analizar la diferente facultad resolutoria que plantean la LCE y el Reglamento para las entidades públicas y para los contratistas.

Se puede extraer múltiples conclusiones del presente artículo. Sin embargo, la principal conclusión del artículo es que la distinción entre las facultades resolutorias de la entidad y del contratista se ve aminorada por la aplicación del principio de buena fe, el cual exige que la resolución contractual sólo sea justificada cuando el incumplimiento revierte una materialidad acorde con dicho derecho contractual.

⁵⁸ Armando Canosa, por ejemplo, señala que *«debemos partir de la premisa de que para que proceda la caducidad o rescisión unilateral deberá existir un incumplimiento o falta grave por parte del contratante, vinculado a una obligación u obligaciones esenciales que estén estipuladas en el contrato.»* CANOSA, Armando. *La caducidad o rescisión unilateral del contrato*. EN: CASSAGNE, Juan Carlos. *Tratado general de los contratos públicos*. Buenos Aires, La Ley, 2013, 1ª edición, Tomo III, p. 77.

ACTAS DEL QUINTO CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y
CONCILIACION DE LA ASOCIACION ZAMBRANO - CUSCO 2017
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
MAYO DE 2018, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ

