

**II CONGRESO NACIONAL DE CONTRATACIONES
ESTATALES Y ARBITRAJE 2016**

Volumen 64 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

II Congreso Nacional de Contrataciones Estatales y Arbitraje 2016

Coordinador
Roger Vidal Ramos

**CENTRO DE
ARBITRAJE**



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**



**Universidad Católica
San Pablo**



**ASOCIACION
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PRIVADO**

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

II CONGRESO NACIONAL DE CONTRATACIONES ESTATALES Y ARBITRAJE 2016

- © 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, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

- © INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL
Jr. José de la Torre Ugarte 368 - Oficina 301, Lince
Telfs. (511) 421-6976
ipdc@conadecivil.com

- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>

Primera edición, marzo 2019

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, 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 2019-03460

ISBN: 978-612-4400-12-4

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	11
Palabras de presentación	13
Inauguración <i>Carlos Giles Ponce</i>	15
Palabras de bienvenida <i>Roger Vidal Ramos</i>	21
La aplicación supletoria de normas civiles en la contratación pública <i>Alfredo Soria Aguilar</i>	23
Mesa redonda: Delitos en las contrataciones estatales <i>Jorge Pérez López</i> <i>Benji Espinoza Ramos</i> <i>Huber Huayllani Vargas</i>	39
Adicionales y bolsa de metrados en los contratos a precios unitarios <i>Víctor Velásquez Vera</i>	51
Mesa redonda: Materias conciliables en contrataciones estatales <i>Carlos Castillo Rafael</i> <i>Ricardo Caldas Fernández</i>	61

Mesa redonda: Los árbitros y el deber de revelación <i>Roger Vidal Ramos</i> <i>Jhoel Chipana Catalán</i> <i>Guillermo Chang Hernández</i>	77
Beneficios y dificultades del arbitraje <i>ad-hoc versus</i> el arbitraje administrado <i>Katty Mendoza Murgado</i>	91
Mesa redonda: Las principales modificaciones en el contrato de obra en la Ley de Contrataciones <i>Fernando Capuñay Chafloque</i> <i>Peter Palomino Figueroa</i>	103
<i>Dispute board</i> Junta de resolución de disputas en la contratación pública <i>Rodrigo Freitas Caballinas</i>	113
Segundo día: 9 de noviembre de 2016 El arbitraje de consumo <i>Gustavo Rodríguez García</i>	123
Mesa redonda: El convenio arbitral y la anulación del laudo <i>Henry Huanco Piscoche</i> <i>Esteban Alva Navarro</i> <i>Héctor Inga Aliaga</i>	137
La causal de incumplimiento de la jerarquía normativa <i>Julio Martín Wong Abad</i>	155
El arbitraje en obra pública <i>Renzo Seminario Córdova</i>	167

Semejanzas y diferencias entre el arbitraje comercial y el de contratación estatal	179
<i>Mario Castillo Freyre</i>	
La doctrina del levantamiento del velo en contrataciones estatales y arbitraje	189
<i>María Elena Guerra Cerrón</i>	
Las modificaciones en la nueva Ley de Contrataciones del Estado	201
<i>Jimmy Pisfil Chafloque</i>	
La paranoia de la jerarquía normativa y la anulación del laudo arbitral	211
<i>Andrés Talavera Cano</i>	
Palabras finales	221
<i>Roger Vidal Ramos</i>	

NOTA DEL EDITOR

En el año 2016, el Instituto Peruano de Derecho Civil, dirigido por mi amigo el doctor Roger Vidal Ramos, organizó el II Congreso Nacional de Contrataciones Estatales y Arbitraje, evento que tuvo notable éxito, tanto por las materias abordadas, como por la calidad y conocimiento de los expositores.

Algunos problemas de orden técnico hicieron que la publicación del libro correspondiente al mismo, no se produjera con inmediatez, pero una vez salvados esos inconvenientes ponemos a disposición de nuestros lectores este valioso texto.

Es verdad que algunos dispositivos legales han cambiado en el Perú desde el 2016 en materia de contratación pública y arbitraje, pero los conceptos centrales no, de manera tal que el presente libro constituirá un valioso elemento de consulta para todos aquellos abogados y profesionales dedicados a estas materias.

Finalmente, quiero reiterar mi agradecimiento y felicitación al profesor Roger Vidal Ramos, por su permanente dedicación al impulso de congresos tanto de Derecho Civil como de Arbitraje.

Lima, marzo de 2019

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 en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.estudio@castillofreyre.com.

INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL

II CONGRESO NACIONAL DE CONTRATACIONES
ESTATALES Y ARBITRAJE
2016

(Desarrollado en el Auditorio de Telefónica del Perú, Cercado de Lima)

Primer día: 8 de noviembre de 2016

PALABRAS DE PRESENTACIÓN

Es para nosotros un placer poder contar nuevamente con la presencia de cada uno de ustedes estudiantes y también abogados que nos acompañan esta tarde, para que podamos comenzar con la segunda jornada, con este II Congreso Nacional de Contrataciones Estatales y Arbitraje.

Bueno, como ustedes saben, ya son diez años que el Instituto Peruano de Derecho Civil viene siendo un referente en las capacitaciones académicas en materia jurídica y, es así, que este día vamos a comenzar con esta ceremonia de inauguración. Voy a invitar a que nos acompañen en la mesa de honor al doctor Carlos Giles Ponce; al doctor Roger Pavletich Vidal Ramos, presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil y a nuestro primer expositor, el doctor Alfredo Soria Aguilar. Adelante, por favor.

Bien, esta ceremonia de inauguración va a estar a cargo del doctor Carlos Giles Ponce.

INAUGURACIÓN

*Carlos Giles Ponce**

Muchas gracias. Buenas tardes a todos, gracias por estar aquí.

Quiero dirigirme, en primer lugar, a los organizadores del Instituto Peruano de Derecho Civil, a quienes felicito por la organización de este evento, y deseamos en nombre de Telefónica y, en especial, del Secretario General de la compañía que, lamentablemente, en este momento no ha podido acompañarnos, que sea uno más de muchísimos otros eventos, siempre difundiendo la cultura jurídica a lo largo y ancho del país y que sigan considerando a ésta como su casa, porque ésa es la intención, que este local, que este auditorio, sea considerado por todos ustedes como algo muy familiar y que lo asocien siempre a eventos de trascendencia jurídica.

En este caso nos toca anunciar el inicio de este II Congreso Nacional de Contrataciones Estatales y Arbitraje. Contrataciones Estatales y Arbitraje, dos temas importantísimos en el quehacer jurídico nacional. Por un lado, porque las contrataciones estatales son el vehículo a través del cual las distintas organizaciones que conforman el aparato estatal, satisfacen la contratación de bienes y servicios y concitan el interés de muchísimas empresas nivel nacional, para lo cual existe una reglamentación bastante rígida y existen procedimientos taxativos que es necesario cumplir. Por otro lado, el mecanismo de arbitraje en contrataciones

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y candidato a magíster en derecho internacional económico por la Escuela de Postgrado de dicha casa de estudios. Es gerente de asesoría jurídica y comercial de Telefónica del Perú.

con el Estado, mecanismo de solución de controversias, es importantísimo igualmente.

Las distintas exposiciones que se van a dar a continuación, hoy y mañana, tienen que ver con estos temas, con distintos aspectos de la normativa que regula ambos temas.

Como ustedes saben, tenemos una nueva Ley de Contrataciones del Estado, la Ley n.º 30225 que, si bien se publicó en el diario oficial un par de años atrás, en el 2014, recién nos rige desde el 9 de enero de este año, que es cuando inició la vigencia del nuevo Reglamento. Esta normativa ha introducido una serie de modificaciones en el régimen anterior, algunas bastante positivas, otras no tanto; en todo caso, siguen dando lugar a la discusión, siempre con la intención de mejorar y equilibrar la posición de las partes, porque es claro que la normativa de contrataciones del Estado no es una normativa de facilitación en la contratación con los entes públicos, es una norma que propende a la transparencia y es una normativa muy rigurosa, porque, precisamente, de lo que se trata, es de que el Estado contrate en las mejores condiciones de eficiencia y transparencia.

Es una normativa con la que hay que tener muchísimo cuidado, porque a quienes estamos familiarizados con el tema, nos queda claro que nos tenemos que ceñir estrictamente a ella; pero para quienes no han trabajado para el Estado o quienes no conocen esta normativa y están empezando a involucrarse en ella, es importante que tengan en cuenta que en este campo no rige el aforismo que sí rige en derecho civil, en el sentido de que puede hacerse todo lo que la ley no prohíbe de manera expresa. En este caso, los actores solamente pueden hacer aquello que está regulado en el marco legal, ni más ni menos que eso. Entonces, a tener mucho cuidado con ese enfoque.

A lo largo de estos dos días vamos a escuchar exposiciones sobre temas de particular interés, entre ellos, el doctor Soria tratará sobre la

aplicación supletoria de las normas civiles en la contratación pública. Como ustedes saben, existen normas expresas en el Reglamento de la vigente Ley de Contrataciones del Estado, que posibilitan que a falta de una disposición expresa en la normativa especial que es ésta, puedan aplicarse otras normas de derecho público o normas de derecho civil. Veremos, entonces, cómo es que debemos enfocar esto para poder tenerlo como un método de interpretación coherente, consistente.

Los doctores Jorge Pérez, Benji Espinoza y Huber Huayllani, participarán en una mesa redonda en la que tratarán lo referido a los delitos en las contrataciones estatales. Naturalmente, el tema de los delitos hay que enfocarlo desde dos perspectivas, tanto desde la perspectiva del sujeto privado, del postor, como de la entidad pública convocante, de los funcionarios que intervienen en nombre de la entidad pública convocante. En un primer caso, podríamos estar hablando, por ejemplo, de la presentación de información falsa en un procedimiento, situación que es sancionada con inhabilitación y que podría llegar al extremo de cinco años de inhabilitación para la empresa infractora, independientemente de la responsabilidad penal que le correspondería a los sujetos intervinientes de la empresa privada. En el caso de la entidad pública, podríamos estar hablando de situaciones de colusión, que son reguladas específicamente en la ley y que, naturalmente, tienen relación con el Código Penal en su artículo 384.

Los doctores Carlos Castillo y Ricardo Caldas, tratarán lo referente a las materias conciliables en contrataciones estatales y, en cuanto a este aspecto, simplemente recordar que, por ejemplo, el tema de las prestaciones adicionales no podría ser objeto de conciliación y arbitraje.

Los doctores Guillermo Chang y Henry Huanco van a tratar lo referido a los árbitros y el deber de revelación. Este tema es especialmente importante a fin de cautelar la necesaria imparcialidad que debe regir las decisiones de los árbitros.

El doctor Rodrigo Freitas tratará lo referente al *dispute board*, es decir, la junta de resolución de disputas en la contratación pública, como una nueva figura de solución de controversias, específicamente en el campo de la contratación de obras.

El doctor Mario Castillo Freyre tratará lo referente a las semejanzas y diferencias entre el arbitraje comercial y el de contratación estatal y aquí veremos, dentro de otros aspectos, cómo en el arbitraje de contratación estatal rige el principio de publicidad, contra el principio de confidencialidad que rige el arbitraje comercial. A partir de ahí, veremos, naturalmente, la influencia de estos enfoques en cuanto a la predictibilidad de las resoluciones.

Y como último tema de un recuento que he querido hacer solamente de algunos de los temas que se tratarán, el doctor Jimmy Pisfil tratará lo referido a las modificaciones en la nueva Ley de Contrataciones del Estado, entre cuyos aspectos positivos podríamos mencionar que se ha incluido como sanción la multa.

Antes, como ustedes recordarán, con la ley anterior y el Decreto Legislativo n.º 1017, no existía la multa como sanción, sino que se partía ya de una inhabilitación, es verdad, de un plazo reducido; pero inhabilitación, al fin y al cabo; mientras que ahora contamos con la multa como parte del régimen de sanciones, sin llegar al aspecto drástico de la inhabilitación.

Dentro de los aspectos negativos, podríamos contar, por ejemplo, que para la subcontratación se ha reemplazado el principio del silencio administrativo positivo por el silencio administrativo negativo. Entonces, cabría preguntarse qué hacer frente a la disyuntiva que se presentaría.

Éstos y otros temas igualmente interesantes, son los que tendremos la oportunidad de escuchar esta tarde y el día de mañana.

Nuevamente, muy agradecido con todos por estar aquí, de parte de la organización a la que representamos, que es la que patrocina el evento, Telefónica del Perú; y, nuevamente, mis felicitaciones al Instituto Peruano de Derecho Civil por esta iniciativa tan valiosa.

Muchas gracias.

PALABRAS DE BIENVENIDA

*Roger Vidal Ramos**

Muy buenas tardes. Primero, agradecer a Telefónica del Perú, en la persona del doctor Carlos Giles Ponce; a la mesa de honor, al doctor Alfredo Soria y al doctor Jorge Pérez. A nombre de los organizadores, agradecemos a Telefónica del Perú por brindarnos este importante apoyo.

Como comentó el doctor Giles, durante estas dos jornadas, lo que se pretende es poder realizar una interpretación, reflexión y discusión sobre la Ley de Contrataciones. En nuestro país, nos encontramos en una coyuntura en la que es necesario que los funcionarios públicos y los diferentes actores, contratistas, puedan realizar un proceso de contratación adecuado; y si se llega a un litigio arbitral, que las partes con conocimiento y con buena fe, puedan litigar de manera coherente.

Una vez más, agradecemos a Telefónica del Perú y damos por inaugurado el evento.

Gracias.

* Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil, fundador del Estudio Vidal Abogados y árbitro en contrataciones comerciales y contrataciones estatales.

LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE NORMAS CIVILES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

*Alfredo Soria Aguilar**

Bien, muchísimas gracias. Primero, mi agradecimiento al Instituto Peruano de Derecho Civil por la invitación.

El tema que se me ha encargado es la aplicación supletoria de las normas civiles en las contrataciones del Estado. Vamos a empezar con este tema, porque ustedes han llegado puntualmente, de verdad les agradezco la puntualidad, ha habido un pequeño inconveniente al ingresar, las disculpas del caso, pero vamos a empezar directamente con este tema.

Estamos hablando cuando decimos aplicación supletoria de las normas civiles en la contratación del Estado, de la posibilidad de aplicar reglas de un escenario o de un régimen totalmente diferente, al régimen de la contratación estatal. Es decir, en el caso de la contratación con el Estado, nosotros sabemos que hay una ley especial, que es la Ley n.º 30225 y también su Reglamento, que establecen pautas especialmente pensadas para este escenario particular.

* Árbitro del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y del Centro de Arbitraje del OSCE. Profesor de Contratos en las facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad del Pacífico. Egresado de la maestría en derecho de la empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú y cuenta con estudios de postgrado en la Universidad de Buenos Aires.

Quienes estamos involucrados con la contratación con el Estado, sabemos que las normas especiales no abordan absolutamente todos los temas, plantean algunas reglas específicas, pero dejan algunos aspectos sin cubrir. Esos aspectos sin cubrir, precisamente, pueden ser, de manera supletoria, cubiertos con normas del derecho administrativo, o también normas del derecho común, entre ellas las normas del derecho civil, ¿por qué? Porque se trata de un contrato, eso no lo debemos olvidar; cuando estamos frente a la contratación pública, no debemos olvidar que se trata de un contrato.

Por supuesto, en la medida en que este contrato tenga reglas particulares, especiales, esa regla particular será la aplicable. Nadie dice que dejemos de aplicar las normas especiales, cuando hay una norma especial que establece reglas respecto a un determinado tema, esas reglas especiales son, precisamente, las que se tienen que aplicar; pero ante los vacíos de la regulación, ante los vacíos contractuales, la propia norma especial, es decir, la Ley n.º 30225, establece la posibilidad que está expresamente señalada en la norma, de aplicar normas de derecho común y, entre ellas, obviamente, las de derecho civil; y, específicamente, las reglas de contratos, porque como ya habíamos dicho, la contratación estatal parte de un contrato.

Entonces, haciendo esta primera precisión, vamos a hacer una segunda delimitación. Esta exposición aborda el tema en el cual el Estado está contratando o está adquiriendo bienes y servicios y obras, porque recuerden que la contratación pública puede ir más allá de este escenario específicamente acotado por la Ley de Contrataciones del Estado, que es la Ley n.º 30225. El Estado puede contratar en el marco de una concesión, ésa es también una contratación pública; el Estado puede arrendar sus bienes y tiene disposiciones especiales que regulan ese tipo de situaciones.

De lo que vamos a hablar hoy es cuando el Estado adquiere bienes o servicios o contrata obras, cuando se vale de terceros para satisfacer sus fines. Entonces, ésa es la segunda delimitación.

En primer lugar, estamos hablando de aplicación supletoria, no vamos a hablar acerca de que se va a privilegiar la norma civil por sobre la norma de contratación con el Estado, que es la norma especial, porque eso no es viable; y, la segunda precisión es que estamos hablando del escenario establecido específicamente por la Ley n.º 30225, llamada Ley de Contrataciones del Estado, pero en realidad, nos estamos refiriendo a aquellas situaciones en las cuales el Estado contrata bienes, servicios y obras, siempre que sean brindados por terceros y que la contraprestación sea pagada con fondos públicos. Ése es el escenario dentro del cual vamos a dar esta explicación.

Entonces, la propia norma especial, la Ley de Contrataciones del Estado, establece que existe una prevalencia, un privilegio, una prioridad de las normas de derecho público sobre aquéllas de derecho privado, en cuanto sean aplicables; es decir, cuando hay una diferencia entre una norma de derecho público respecto a una norma de derecho privado, debe darse la prioridad, privilegiarse a la norma de derecho público, eso es lo que nos está diciendo la primera disposición complementaria final de la Ley n.º 30225. Entonces, ésa es una primera premisa.

Para que quede mucho más claro, no solamente está la primera disposición complementaria final de la Ley n.º 30225, sino que además el legislador, en el artículo 45 de la ley, nos da un orden más específico aún, que es el siguiente. Se establece cuál es el orden según el cual deben aplicarse las normas en la contratación estatal y se señala que, en primer lugar, debe aplicarse la Constitución, como es evidente; la Ley y el Reglamento de Contrataciones con el Estado, en un segundo lugar; en tercer lugar, las normas de derecho público; y, finalmente, de manera supletoria, las normas de derecho privado.

Ése es el orden de prelación establecido por la propia Ley de Contrataciones del Estado. Entonces, una primera premisa importante de este artículo 45, la propia Ley de Contrataciones del Estado nos da cabida para que se apliquen las normas de derecho privado. Claro, en cuarto lugar, no de manera prevalente, no de manera prioritaria, pero ante los vacíos contractuales que, eventualmente, puede haber en cuanto a la regulación especial de la Ley de Contrataciones del Estado, sí podemos —y es más, la ley misma nos da esa posibilidad—, podemos aplicar normas de derecho privado.

Hacemos esta explicación previamente porque cuando alguien ve el título de la ponencia, dice «¿cómo es eso de que vas a aplicar normas de derecho privado, de derecho común, a la contratación con el Estado?». Es que sí se puede, las normas lo admiten, pero en algunos escenarios específicos.

Entonces, cierra esa norma, el artículo 45, en su numeral tercero, cierra esa norma diciendo: «Esta disposición es de orden público». ¿Qué cosa quiere decir? Que es imperativo el cumplimiento de este orden establecido por la Ley de Contrataciones del Estado. Fíjense que no es el reglamento, es la propia ley la que señala esto.

Sin duda, cuando estamos en la fase de ejecución contractual, cuando ya hemos celebrado un contrato, hay temas que la ley especial, la Ley de Contrataciones del Estado, la Ley n.º 30225, regula expresamente. Por ejemplo, el tema de penalidades por mora. En el marco de la ley especial, se dice que la penalidad va a aplicarse automáticamente; la ley especial, la Ley de Contrataciones del Estado, nos dice que basta simplemente la verificación del incumplimiento, para que exista la posibilidad de aplicar la penalidad. Recuerden ustedes que la aplicación de penalidades es una potestad, es una facultad que tiene el acreedor, entre otras alternativas. Un acreedor, ante un incumplimiento contractual, puede pedir la ejecución forzada, la resolución del contrato, entre otras posibilidades, aplicar penalidades también. Entonces, si se va a aplicar

una penalidad, se puede aplicar esa penalidad de manera automática al incumplimiento.

Por ejemplo, aquí vemos que hay una regulación especial que dista de lo que dicen las normas de derecho común. Las normas de contratación con el Estado nos dicen que la mora es automática, porque la penalidad se debe aplicar sin necesidad de requerimiento alguno, sin constitución en mora alguna.

Vemos aquí que hay una diferencia, por ejemplo, con lo que ocurre en el derecho común. En el derecho común no basta simplemente la inejecución de la obligación, sino que conforme al artículo 1333 del Código Civil, para que exista situación de incumplimiento, es necesaria la constitución en mora del acreedor, es decir, la mora no es automática. En nuestro país, en el ámbito civil, la mora necesita que el acreedor requiera el pago. Esto no ocurre en el marco de la contratación con el Estado, donde la mora es automática, así lo dice, por ejemplo, en el caso de la aplicación de la penalidad, el artículo 133 del Reglamento.

Entonces, acá vemos, obviamente, que en este escenario no se puede aplicar el Código Civil, por no haberse constituido en mora. No podemos aplicar el 1333, no, porque aquí la ley nos está diciendo algo totalmente diferente, la ley especial nos dice que la mora es automática, de manera indirecta, porque al señalar que la penalidad puede aplicarse automáticamente, está señalando la norma especial que no es necesario que se constituya en mora.

Entonces, vemos que hay dos reglas que distan una de otra. La Ley de Contrataciones del Estado te dice que la penalidad se aplica automáticamente; y la norma civil te dice que es necesario intimar, constituir en mora, para exigir el pago al deudor. Dos normas totalmente diferentes, ¿cuál debemos privilegiar? La Ley de Contrataciones del Estado, de acuerdo al orden de prelación que se señala en la propia norma.

Lo mismo ocurre, por ejemplo, en cuanto a la modificación de los contratos. La ley especial de contrataciones con el Estado nos dice que se puede modificar un contrato; sin duda, hemos celebrado un contrato con el Estado. Ojo, no es estático, la ley admite que se puede modificar un contrato, por ejemplo, solicitando prestaciones adicionales, solicitando ampliaciones de plazo, etcétera; pero son supuestos expresamente señalados por la norma. No es que un día a algún funcionario del Estado se le ocurrió modificar el contrato y lo modifica porque quiere, no; en el ámbito privado se puede hacer, en el ámbito de la contratación con el Estado no se puede modificar un contrato, salvo que estemos en alguno de los supuestos expresamente considerados por la norma.

Entonces, la ley especial de contrataciones con el Estado nos dice que sí se puede modificar el contrato, pero en supuestos específicamente señalados por la propia normativa. La premisa en el marco de la contratación estatal es que se puede modificar el contrato, sin duda, pero tiene que estar en alguno de los supuestos contemplados para dichos efectos. En cambio, en el caso de la contratación privada, las partes son libres de modificar el contrato cuando quieran, no es necesario que la ley te lo permita. En el ámbito privado, todo lo que no está prohibido, está permitido, eso no ocurre en el marco de la contratación estatal. En el marco de la contratación con el Estado, se puede modificar el contrato única y exclusivamente en aquellos escenarios expresamente establecidos por la normativa.

Nuevamente, una diferencia entre la legislación especial de contratación con el Estado respecto de las normas civiles. Son totalmente distintos los razonamientos. ¿Qué debemos aplicar? La norma especial de contrataciones con el Estado.

Lo mismo ocurre en el caso del procedimiento resolutorio. En el marco de un contrato con el Estado, no es que se pueda resolver como uno quiera, la ley establece un procedimiento y ese procedimiento está expresamente señalado en el Reglamento, en el artículo 136; ese proce-

dimiento implica el otorgarle un plazo para que se subsane, como regla general.

En el marco de la contratación con el Estado, existe un procedimiento resolutorio que implica que la entidad o, en todo caso, el contratista, si es que la entidad es la que está en incumplimiento, primero señale acerca del incumplimiento a la contraparte y le otorgue un plazo para subsanarlo. Entonces, hay un procedimiento que implica como regla general la subsanación, la excepción a la regla es la posibilidad de resolver automáticamente cuando se ha superado el máximo de penalidades aplicables y eso ocurre cuando se excede el 10% de las penalidades por mora o el 10% de otras penalidades. Es decir, en ese escenario excepcional se puede resolver el contrato, sin necesidad de pedir subsanación. ¿Cuál es ese escenario de la Ley de Contrataciones del Estado? El escenario en el cual se ha superado el 10% de las penalidades por mora o por otras penalidades, que se computan de manera independiente; pero, la regla general, en la mayoría de casos, se puede resolver el contrato única y exclusivamente otorgando un plazo para subsanar, y si es que cumplido ese plazo no se subsana, el contrato podrá ser resuelto por la entidad.

¿Qué ocurre en el marco de la contratación civil? ¿Qué ocurre en el marco de la contratación privada? Existe en el marco de la resolución extrajudicial, la posibilidad de pactar causales de resolución de pleno derecho, conforme al artículo 1430, en las cuales, simplemente, verificado el incumplimiento, por potestad del acreedor, puede dejarse sin efecto el contrato de manera automática, sin necesidad de dar plazo de subsanación. Pero, la regla general también, en el marco del derecho civil, es que se otorgue un plazo para subsanar y es el escenario de la resolución por intimación, señalado en el artículo 1429 del Código Civil.

Entonces, en el caso específico de la contratación privada se puede pactar un procedimiento resolutorio, de acuerdo al cual no se otorgue plazo para subsanar, que es el escenario de la resolución de pleno dere-

cho conforme al 1430. En el marco de la contratación con el Estado, no hay esa posibilidad; en el marco de la contratación con el Estado se establece que debe otorgarse un plazo para subsanar, salvo en el caso excepcional de haberse superado el porcentaje máximo de penalidades aplicables y, en ese caso, sí se puede resolver sin necesidad de dar aviso para que se subsane; pero ese escenario es excepcional, sin embargo, está recogido expresamente por la norma. Es decir, no se puede pactar que haya resoluciones automáticas.

Entonces, nuevamente, dos escenarios totalmente diferentes, opuestos, ¿cuál debe primar?, el escenario especial, la Ley de Contrataciones del Estado, que establece ese procedimiento resolutorio y debe seguirse estrictamente para que se resuelva adecuadamente un contrato. Si no se sigue el procedimiento establecido por el artículo 136 del Reglamento, entonces, puede tornarse en ineficaz esa eventual resolución, hay que tener muchísimo cuidado cuando se resuelve un contrato, con cumplir estrictamente el procedimiento, porque hay varios laudos en los cuales, a pesar de que se verifica el incumplimiento, se verifica que hay daños, etcétera, se torna en ineficaz la resolución por no haber cumplido con el procedimiento que ordena la ley. Entonces, tener muchísimo cuidado con el tema de la resolución contractual en el marco de la contratación con el Estado.

Pero, esto nos está hablando acerca de que vamos a aplicar la norma de contratación con el Estado, claro, en aquellos escenarios en los cuales la Ley de Contrataciones del Estado nos dice algo al respecto, cuando la Ley de Contrataciones del Estado establece una regla sobre el particular; pero ¿esto quiere decir que no deben aplicarse nunca las normas de derecho privado? No. Estamos frente a una realidad que nos pone frente a un contrato, estamos frente a relaciones contractuales, y ante el vacío de la ley especial o su reglamento, corresponde aplicar las normas de derecho privado.

Por ejemplo, dónde hay vacíos en la ley y en qué escenarios podrían aplicarse las normas de derecho civil. Por ejemplo, la Ley de Contrataciones del Estado en cuanto a las penalidades, señala que las penalidades no se aplican de manera objetiva. ¿A qué me refiero?, que no basta, simplemente, la verificación del incumplimiento para que automáticamente aplique la penalidad sin evaluar el tema del elemento subjetivo o imputabilidad; la norma está estableciendo que solamente se aplican penalidades ante incumplimientos o retrasos, en el caso específico de la penalidad por mora, injustificados.

La pregunta es, ¿qué es justificado o qué es injustificado? Depende de si la obligación es imputable o no al deudor, es decir, en este caso para el término «injustificado», se van a poder aplicar de manera supletoria las disposiciones y el razonamiento del ámbito de las normas del derecho común. Se puede aplicar como injustificado a lo que en el derecho común se le conoce como «imputabilidad». Es decir, si es que corresponde a culpa o a dolo ese incumplimiento, no basta, entonces, simplemente, el elemento antijurídico, que es el incumplimiento contractual, sino que sería necesario analizar el elemento de imputabilidad; me estoy refiriendo, específicamente, al dolo o a la culpa.

Pero aquí, ante un incumplimiento ustedes pueden decir «¿qué regla debo aplicar?, ¿quién debe probar la culpa?, ¿quién debe probar el dolo?». Ante eso tenemos la posibilidad de aplicar las normas del Código Civil. El artículo 1329 del Código Civil señala que ante la inejecución de una obligación se presume que ese incumplimiento se debe a culpa leve del deudor. Se está aplicando la norma del Código Civil, no solamente a nivel de laudos, sino también a nivel de opiniones del propio Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. ¿Por qué? Porque estamos ante un contrato y de manera supletoria, ¿podemos aplicar normas del derecho común?, ¿podemos aplicar normas del derecho civil?

En este caso, el tema de «injustificado» tiene que ver con una noción civil que nosotros entendemos o conocemos como «imputabilidad» y tiene que ver con la aplicación de presunciones, como establece el Código Civil en el caso del artículo 1329, en el cual se establece que se presume que hay culpa leve del deudor ante su inejecución o incumplimiento. Entonces, hay una aplicación práctica de derecho común. Revisen laudos en los cuales se está analizando acerca de la aplicación de penalidades o el cumplimiento de un tema de indemnización, y van a ver que se analiza el tema de injustificado o imputabilidad con una clara alusión al dolo o a la culpa; a eso se refiere con «justificado» la Ley de Contrataciones del Estado y vamos a complementarla con criterios o normas de derecho civil.

Lo mismo ocurre en el caso de la resolución contractual. La Ley de Contrataciones del Estado y, específicamente, en este caso el Reglamento, en el numeral 1 del artículo 135, establece que la entidad puede resolver el contrato cuando el contratista incumpla injustificadamente obligaciones; no dice, simplemente, «cuando el contratista incumpla obligaciones», sino dice «incumpla injustificadamente», porque podría ocurrir que el contratista quería cumplir su obligación, pero de repente ocurrió un evento extraordinario, imprevisible, irresistible, que configura como un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor, conforme al 1315 del Código Civil, nuevamente Código Civil, entenderíamos que ese incumplimiento no puede sustentar una resolución, porque la propia Ley de Contrataciones del Estado establece que solamente se puede resolver si el incumplimiento es injustificado y, en este caso no sería injustificado, porque sería un caso fortuito o de fuerza mayor. ¿Se dan cuenta? Nuevamente, podemos aplicar normas de derecho civil.

Les pongo un caso para ver y cuestionar si podemos aplicar o no las normas de derecho común. El caso es el siguiente, tenemos una entidad del Estado que notifica una serie de incumplimientos al proveedor, el proveedor es malo, malísimo, comienza a incumplir sus obligaciones y la entidad comienza a penalizar y, además, son incumplimientos injus-

tificados, para que no haya duda de aplicar las penalidades. Los incumplimientos se mantienen y se siguen aplicando penalidades, mes a mes.

Entonces, en esta situación, de incumplimiento permanente por parte del proveedor, la entidad sigue aplicando penalidades y ya está muy cercano el límite del 10% establecido por la norma para que, eventualmente, la entidad tenga la facultad de resolver el contrato. Viendo el proveedor que era casi inminente que la entidad resolviera el contrato, en un contexto en el cual la entidad le falla con uno de los pagos, el proveedor lo que hace es enviar una carta a la entidad diciendo que, como no le ha pagado, le quiere resolver el contrato y para eso cumple el procedimiento. Le dice: «te doy cuarentiocho horas», porque la ley te dice que tienes que otorgarle un plazo no mayor de cinco días; le dice: «te doy un plazo de dos días para que subsanes esa falta de pago».

Ustedes saben que es un poco difícil que las entidades en dos días subsanen algún tema, de repente en dos días llega de mesa de partes al lugar en el que se tienen que decidir las cosas y, claro, cuando se quiere tomar acción, ya habrá quedado resuelto el contrato. Ocurre eso en este caso; la entidad recibe la comunicación del contratista, de este mal contratista al que le estaban aplicando penalidades constantemente, recibe la notificación del contratista y como la entidad no puede subsanar, le resuelven el contrato.

Pregunta, ¿en este caso se podrían aplicar las normas de derecho civil?, porque estrictamente el contratista ha cumplido el procedimiento que manda la norma, está ejerciendo una facultad que establece la norma. Si aplicamos estrictamente las normas de contratación con el Estado, bueno, «la ley del más vivo ganó»; pero qué ocurre, en el ámbito del derecho privado, te dicen que los contratos se ejecutan de buena fe. Es un principio contractual que está positivizado en el artículo 1362 del Código Civil, pero es una norma de derecho civil y estamos frente a una norma especial de contratación con el Estado. Si es ésa la norma que tenemos que aplicar, eventualmente norma contra norma, ahí la-

mentablemente tendrá que ganar el más vivo, porque es de aplicación imperativa, obligatoria; pero, felizmente, en este caso, también existe la figura del abuso del derecho.

Lo que ocurre es que el contratista tendría, eventualmente, el derecho a resolver el contrato, pero está haciendo un ejercicio abusivo de su derecho en la medida en que él también está en una situación de incumplimiento. En el ámbito de la buena fe, en el ámbito de los contratos, de los principios contractuales, quien está en situación de incumplimiento no puede resolver el contrato a su contraparte; por eso se habla de que solamente puede resolver la parte fiel; pero, nuevamente, criterio civil. Pero, este razonamiento de que estás ejerciendo abusivamente tu derecho no solamente está reconocido en el Título Preliminar del Código Civil, sino que además está reconocido en la Constitución; y como el orden de prelación me dice que primero puedo aplicar la Constitución, en este caso específico si es que se trata de un supuesto de abuso de derecho, a nivel de un arbitraje, un árbitro sí podría aplicar la Constitución.

Seguramente, el funcionario, porque en aplicación del principio de legalidad, no podrá dejar de aplicar el criterio que manda la norma, no podrá hacer nada; pero, un árbitro podría revisar el caso si es que se configura como un supuesto de abuso de derecho; entonces, habría eventualmente, alguna salida que no viene dada por el derecho civil, porque, en este caso, la solución es de corte constitucional, porque esta figura civil está reconocida constitucionalmente, que es el abuso de derecho. Entonces, habría algún tipo de solución en este caso para que no aplique la ley del más vivo o, en todo caso, de quien quiere ejecutar un contrato en contra del principio de buena fe.

Para que no vean que es un caso aislado, otro ejemplo. Supongamos que estamos en un caso en el cual hay un contratista que presenta su liquidación, se trata de una obra. Lo que nos dice la ley especial es que cuando el contratista presenta su liquidación, la entidad tiene un plazo para observar esa liquidación y lo que ocurre es que la norma establece

que si en caso no se observa o se manifiesta algún tipo de observación de la liquidación presentada por el contratista, se entiende como aceptada. Es decir, establece una consecuencia jurídica que dice que la liquidación se entiende aceptada, si es que la entidad no dice nada al respecto de lo que presenta el contratista.

El caso que les propongo es el siguiente, ¿qué pasa si la entidad no se pronuncia sobre la liquidación presentada por el contratista y el contratista ha presentado una liquidación que es muy superior al monto total adjudicado o contratado? Supongamos que presenta una liquidación que es de dos, tres o cuatro veces el monto del contrato. ¿Porque lo dice la ley deberíamos aplicar ese criterio?, ¿se dan cuenta? En este caso, si tratamos de aplicar el principio de buena fe, alguien dirá, «no, estás aplicando una norma civil, pero se trata de un contrato con el Estado, debe primar la norma especial», pero nuevamente aquí la figura del abuso del derecho podría aplicarse, es una figura del derecho civil que está consagrada constitucionalmente y, eventualmente, podría ser una alternativa o salida para el caso.

No digo que para todos los casos podamos inaplicar la Ley de Contrataciones del Estado. En casos como éstos en los cuales puede ser flagrantemente inadecuado, indebido, injusto aplicar la norma especial, tendríamos esa figura para poder proponerla en una sede arbitral.

Entonces vemos que sí podemos aplicar normas o criterios del derecho civil en el marco de la contratación con el Estado de manera supletoria y, en algunos casos, a través de figuras consagradas constitucionalmente, como es el caso del abuso del derecho.

Y, finalmente, otro tema recurrente en el cual normalmente se aplican normas o criterios del derecho común, es cuando alguien pide indemnización; la responsabilidad por daños y perjuicios. La Ley de Contrataciones del Estado establece que, ante incumplimientos, del contratista o de la entidad, eventualmente, tienen que resarcir los daños

y perjuicios que correspondan. Eso es lo único que dice la ley especial, nada más, no dice más, revisen la ley si quieren.

Entonces, ¿cuándo debo indemnizar?, ¿cómo debo indemnizar?, ¿qué criterios debo establecer para indemnizar?, ¿todos los daños?, ¿los daños que sean consecuencia directa como dice el artículo 1321? Para todo este tema relacionado a la indemnización por daños y perjuicios necesitamos aplicar normas de derecho civil y criterios del derecho común.

Por ejemplo, cuándo se debe indemnizar. Cuando se presentan cuatro presupuestos, la antijuridicidad, la imputabilidad, el daño y el nexo causal. Revisen cualquier laudo de contratación con el Estado y van a plantear lo mismo, algunos dicen «elementos», otros dicen «presupuestos», pero los cuatro elementos están. Se tiene que analizar esto y esto viene del derecho común. «Oye, pero estamos en contratación con el Estado». Sí, pero aplicación supletoria, como la ley especial no dice nada al respecto, tengo que valerme de las normas del derecho común, de las disposiciones y criterios del derecho común para poder darle solución a este tema.

Entonces, en ese caso también se muestra de manera constante la aplicación de disposiciones del derecho común, del derecho civil, para el caso específico de la indemnización por daños y perjuicios. Entonces, tiene que haber un elemento antijurídico que, en el caso de los contratos, es el incumplimiento contractual y, como lo hemos dicho, en el marco de la contratación con el Estado, es automático, no es necesario constituir en mora al deudor, no; el 1333 no aplica en el caso de contratación con el Estado, basta la verificación del incumplimiento para que esté en incumplimiento.

El tema de la imputabilidad, el proveedor incumplió, se presume que existe culpa leve del proveedor, del deudor, conforme al artículo 1329 del Código Civil. Nuevamente, aplicamos las normas del Código

Civil. Tiene que haber daños, no hipotéticos, daños ciertos y probados, criterios también del ámbito del derecho civil.

¿Qué daños debo indemnizar? Vamos a recurrir al artículo 1321 del Código Civil, que dice que se deben indemnizar todos aquellos daños que sean consecuencia inmediata y directa, como regla general, primer párrafo del artículo 1321 del Código Civil. Nuevamente, estamos aplicando criterios del Código Civil.

Y, además, tiene que haber nexo causal. ¿Qué cosa es nexo causal? Algo muy sencillo; la relación que existe entre el incumplimiento y los daños ocasionados por ese incumplimiento.

Entonces, vemos que las normas o disposiciones del derecho civil aplicables a la contratación con el Estado crean una serie bastante grande y variada de supuestos. No es como de repente algunos piensan, que en el marco de la contratación con el Estado es poco probable que podamos aplicar normas de derecho civil; no, más bien es lo contrario, hay muchos escenarios, porque se trata de un contrato, hay muchos escenarios en los cuales vamos a necesitar complementar las disposiciones del derecho público; en este caso, la Ley de Contrataciones del Estado, la vamos a necesitar complementar con disposiciones del derecho común, en específico, con las normas del derecho civil.

Esto es todo lo que quería traer a este foro. Les agradezco muchísimo su atención y nos vemos en otra oportunidad.

Muchas gracias.

MESA REDONDA: DELITOS EN LAS CONTRATACIONES ESTATALES

Jorge Pérez López^{*}
Benji Espinoza Ramos^{**}
Huber Huayllani Vargas^{***}

Jorge Pérez López: Buenas tardes con todos. Primero que nada, agradecer al Instituto Peruano de Derecho Civil por la cordial invita-

^{*} Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con maestría en ciencias penales por la misma universidad. Docente universitario de las asignaturas de derecho penal y derecho procesal penal, con postgrado en docencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autor de los libros *El error en el derecho penal, un enfoque legislativo, doctrinario y jurisprudencial* y *Las 15 causas eximentes de responsabilidad penal*. Asimismo, es colaborador permanente de *Gaceta Jurídica* y de *Gaceta Penal y Procesal Penal*, y es expositor en diversos eventos académicos.

^{**} Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, especializado en derecho procesal penal, derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos. Cuenta con estudios concluidos de la maestría en ciencias penales de la misma universidad. Actualmente, es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres de las asignaturas de derecho procesal I, derecho procesal penal II y derecho penal comparado; también es profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Continental.

^{***} Abogado, magíster en derecho penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú con postgrado en técnica probatoria en la Universidad de San Martín de Porres y con estudios de especialización en derecho procesal penal en la Universidad Alberto Hurtado de Chile. Ha sido abogado de la Secretaría Técnica de Implementación del nuevo Código Procesal Penal del Ministerio de Justicia en el año 2011; abogado consultor de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción en los años 2012 y 2013. Docente de los cursos de derecho procesal penal en la Universidad San Juan Bautista y capacitador permanente en temas relacionados al derecho penal y derecho procesal penal.

ción a este tan importante evento sobre contrataciones del Estado y arbitraje; y la pregunta que, seguramente, ustedes se están haciendo es «si es un Congreso de Contrataciones Estatales y de Arbitraje, ¿qué hacen tres penalistas o procesalistas penales frente a nosotros?». Bueno, la culpa no es de nosotros, de repente caemos un poco antipáticos porque estamos en todas partes, «penalistas por todas partes», seguramente ustedes piensan; pero no es responsabilidad nuestra como les he indicado, es responsabilidad del legislador, que considera que el derecho penal, muchas veces, es la solución a todos los conflictos que existen en la sociedad y eso ¿qué genera?, que el derecho penal cada vez crezca o se expanda de una manera espantosa.

Fíjense ustedes no más, hace un par de semanas o semana y media, aproximadamente, se ha aprobado una modificación en el Código Penal, señalando este tema de la inhabilitación, la muerte civil para el funcionario o servidor público que comete un delito en contra de la administración pública. Es más, hace unos días, el Presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski, ha señalado que no sólo habría que haber muerte civil para los funcionarios públicos, sino que también debería haber muerte civil para los particulares que defraudan los intereses del Estado. ¿Se dan cuenta? Entonces, esperemos seguramente en las próximas semanas que haya modificaciones, más modificaciones de las que siempre existen en nuestro Código Penal, abarcando estos temas, los temas que tienen que ver con las contrataciones del Estado, porque seguramente ustedes se habrán dado cuenta de que una de las formas de defraudar al Estado, es a través de las contrataciones con el Estado, valga la redundancia.

El delito, de repente, del que podríamos hablar nosotros, si lo creen conveniente también mis distinguidos colegas, es el delito de colusión ilegal. Entonces, podemos comenzar a hablar sobre los delitos de colusión ilegal y ver algunas circunstancias, de repente, de particulares características de este delito, cómo es que se configura y también pensar un poquito como abogados penalistas y ver cuáles son las salidas

en el caso de que cualquiera de ustedes —estoy seguro de que en esta sala varios de ustedes son funcionarios o servidores públicos— que han sido denunciados o podrían ser denunciados, cómo podrían plantearse algunas puertas o ventanas para poder escapar de esos tipos penales que tienen una relación estrecha con las contrataciones del Estado.

Entonces, comenzamos con el doctor Benji, con el tema de la colusión ilegal.

Benji Espinoza Ramos: Muchas gracias, mi saludo a todos, muy buenas tardes. Interesante el tema de colusión que en otros países recibe el nombre de «fraude a la administración pública». Nuestro Código Penal titula como «colusión» a, básicamente, dos delitos. Después de todas las modificaciones legislativas, hay dos tipos de colusión que se dan según nuestro Código Penal; la colusión que se encuentra plasmada en el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal, que es la que se conoce como la colusión en su tipo básico, simple o de peligro; y la colusión prevista en el segundo párrafo del mismo 384, que se denomina «colusión agravada», o «colusión por resultado» o «de resultado».

¿Cuál es la diferencia entre una y otra? Para empezar, la pena. Mientras la colusión simple se castiga con una pena de tres a seis años; la colusión agravada tiene de seis a quince años. Es, de hecho, dentro de los delitos contra la administración pública, de los tipos penales que tienen mayor sanción, mayor conminación del Estado.

Interesante es ver la conducta; cómo se configura uno y otro. El denominador común de ambos es que sólo puede cometer colusión, sólo puede ser autor de colusión, el funcionario o servidor que actúa de manera directa o indirecta en una contratación pública, en una concesión o en una operación del Estado; no puede ser otro. Ése es un primer punto.

Lo segundo es que, tanto para el tipo penal simple que alcanza hasta seis años, como para el agravado que es hasta quince años, se exige como parámetro común que el agente del delito se haya concertado, se haya puesto de acuerdo, haya pactado, haya convenido con «un interesado», dice la ley penal. Cuando habla de «interesado», básicamente, se refiere al contratista, al empresario, a quien se beneficia con la buena pro.

Entonces, ese ponerse de acuerdo para defraudar al Estado, eso se llama colusión. Si es que sólo nos ponemos de acuerdo funcionario y empresario, pero no se llega a perjudicar el patrimonio del Estado, estamos frente a la figura de la colusión simple. Es decir, basta que se ponga en peligro el patrimonio público con este pacto ilícito y hay que castigarlo y tenemos hasta seis años. Pero, cuando ese pacto criminal, ese acuerdo ilegal redunde en un perjuicio al patrimonio público —porque el tipo penal habla de «defraudar patrimonialmente», no es cualquier tipo de defraudación, sino sólo la patrimonial—, cuando se perjudica o menoscaba el patrimonio del Estado, estamos frente a la figura de la colusión agravada.

Esa diferenciación es importante porque, por ejemplo, hay dos casos emblemáticos que le pueden interesar al público, hoy en el sistema de justicia penal, que se refieren al tema de la colusión y los procesos arbitrales. Me refiero, por un lado, al famoso caso del clan Orellana, el caso Oncoserv, que es un caso que está en la Fiscalía de Lavado de Activos. La fiscalía tiene la imputación de lavado de activos en concurso con el delito de cohecho pasivo específico y, por ahí leí, que también habían planteado estafa o fraude procesal.

Es decir, ¿qué había pasado? Había una disputa entre Oncoserv y el Gobierno Regional de Arequipa; esa disputa iba a ser resuelta por un tribunal arbitral. Entonces, la imputación es que Orellana iba a asesorar a Oncoserv y colocar a los árbitros; les paga a los árbitros, a efectos de que dicten dos medidas cautelares a favor de Oncoserv y lauden a favor de Oncoserv. Ésa es la discusión.

Y otro caso emblemático hoy de la jurisprudencia penal peruana, es el caso de Gerardo Viñas, expresidente regional de Tumbes. Se trata de un proceso en el que se estaba discutiendo si había o no ejecución contractual y a quién le correspondía la liquidación. En ese proceso arbitral se dio una conciliación y, sobre la base de la conciliación, los árbitros laudaron. Ahí la discusión es, básicamente, si cabe hablar de colusión en el marco de un proceso arbitral. No hablo de la figura del 386, que regula la expansión del autor al árbitro, al perito, contador; no, sino más bien, en el caso Viñas, la fiscalía imputó el 384, con lo cual yo creo que ahí hay una violación del principio de legalidad, se está haciendo una analogía para perjudicar, *in malam partem*, que es prohibida.

Pero, bueno, son dos temas interesantes que aún no han sido cerrados por la justicia penal. Creo que la solución está en defender dos principios básicos del derecho penal liberal que son, por un lado, el principio de legalidad; y, por otro, el principio de culpabilidad. El principio de legalidad exige que nadie puede ser castigado sino por un hecho expresamente previsto en la ley penal; y el de culpabilidad exige que nadie debe responder por culpas ajenas, es decir, yo sólo respondo por mis propios actos.

Cedo la palabra a mi colega.

Huber Huayllani Vargas: Igualmente, buenas noches con cada uno de ustedes; agradecer a los organizadores del evento por la invitación y por ser parte de esta mesa con mis colegas abogados.

Yo comparto las opiniones de Benji y de Jorge, pero a la vez también quisiera agregar una cuestión. Una característica fundamental del delito de colusión, es que es un delito de participación necesaria, o sea, es un delito de carácter bilateral, porque existe, probablemente, el encuentro de dos intereses; el interés del privado, que en este caso sería ganar la buena pro, y el interés del funcionario público, que vulnera sus funciones.

Entonces, ésa es la característica fundamental del delito de colusión, que es de carácter bilateral, a diferencia del delito de negociación incompatible, que es un delito de carácter unilateral, es un delito en el que únicamente el funcionario público se interesa para favorecerse o a un tercero; en cambio, el delito de colusión es un delito de participación necesaria.

Pero, la participación necesaria en el derecho penal tiene dos características; una participación denominada «delito de encuentro» y una característica que se llama «delitos de convergencia». Los delitos de convergencia solamente son los delitos de asociación ilícita para delinquir, ¿por qué? Porque todas las personas que son parte de la asociación ilícita están buscando una finalidad en común; en cambio, en el delito de encuentro cada uno está buscando una finalidad propia, el funcionario público, enriquecerse, probablemente, con ese proceso de contratación, y el privado que quiere ganar esa buena pro y también beneficiarse económicamente por ese presupuesto.

Otra de las características que quisiera tocar hoy, está referida al tema de la prescripción. Benji hablaba de que hay dos modalidades del delito de colusión, la parte básica y la parte agravada. El tipo básico fundamenta que solamente hay una vulneración a los roles del funcionario público; entonces, la duplicidad del plazo de prescripción que está regulada en la Constitución, solamente se da cuando hay una vulneración al patrimonio del Estado, lo que significa que cuando uno analiza el delito de colusión, tiene dos posibilidades.

La primera posibilidad es el tipo básico, no vulnera el patrimonio del Estado; por tanto, no podría aplicarse la duplicidad del plazo de prescripción. Pero, en el otro caso que es el tipo agravado, sí se afecta el patrimonio del Estado porque es un delito en el que hay una afectación al patrimonio del Estado, entonces, en este caso sí se aplicaría la duplicidad del plazo de prescripción.

Si es que ustedes quieren analizar el carácter unilateral del delito de negociación incompatible, normalmente —y hago un paréntesis en esto— en contrataciones existen dos delitos, el delito de colusión y el delito de negociación incompatible, que son los más comunes. Entonces, cuando el funcionario, en este caso el Ministerio Público, no acredita la concertación de la que hablaba Benji, que es un elemento objetivo del tipo para la colusión, probablemente, se va a ir también por la otra imputación accesorio, que es el delito de negociación incompatible. Si quieren verificar el tema de la característica unilateral de este delito de negociación incompatible, tendrían que revisar la última Casación n.º 841-2015 de Ayacucho, sobre una contratación por situación de emergencia, que luego voy a comentar en la siguiente ronda.

Cedo la palabra a Jorge, por favor.

Jorge Pérez López: Ok, muchísimas gracias. Fíjense, otra característica que tiene el delito de colusión, por ejemplo, muy interesante, la indicaba Benji. El tipo penal exige una concertación entre el funcionario o servidor público y un particular en detrimento del Estado, en perjuicio del Estado. Esta concertación es un acuerdo, pero este acuerdo no necesariamente es ilícito en todos los casos.

¿Qué pasaría, por ejemplo, si un funcionario público realiza un acuerdo con un particular en beneficio del Estado?, ¿eso podría considerarse colusión?, ¿si el Estado se está beneficiando de ello?

Fíjense, hay un caso muy interesante que ocurrió en la década de los noventa. Un asesor presidencial fue hasta la firma *Boeing*, empresa de aviones, con la finalidad de comprar un avión para el presidente; un avión presidencial, y esta persona decidió comprar un avión *Boeing* a un determinado precio. Cuando terminó el gobierno, comenzaron a investigar a este asesor presidencial, indicando que había colusión, porque él solo había decidido con quién contratar sin haber realizado un concurso, sin haber evaluado. La fiscalía empezó a investigarlo, se

inició un proceso judicial y la pregunta que todos se hacían era ¿qué tan beneficioso había sido ese contrato?, porque el abogado defensor de esa persona indicaba que lo habían comprado a un precio menor al que cualquier otro Estado podría acceder.

Entonces, la pregunta nuevamente recae en ustedes, ¿podría eso ser considerado una colusión ilegal? Definitivamente, no. La única manera de que exista una colusión ilegal, es cuando se perjudica al Estado, cuando el Estado sufre un detrimento patrimonial, como lo dijo Benji. Dentro del bien jurídico protegido de este tipo de delitos, también está el patrimonio del Estado y ésa es la razón principal, de repente, por la que este comportamiento es sancionado penalmente.

Entonces, fíjense, ¿la misión acaso de un funcionario o servidor público no es realizar algún tipo de convenio en beneficio del Estado? Claro, si es que un funcionario o servidor tiene la posibilidad de concertar, pues es para beneficio del Estado.

¿Qué pasaría si lo hace en contra? Pues, cometería el delito de colusión ilegal. En la colusión ilegal se sanciona por un motivo particular al funcionario que es el representante del Estado, porque actúa en representación del Estado; este funcionario en representación del Estado realiza actos, contratos y como representante del Estado que es, tiene que hacerlo en beneficio del Estado. ¿Qué pasaría si se beneficia él mismo o beneficia a un tercero? Eso es lo que el tipo penal sanciona y eso es lo que busca también en líneas generales el Estado a través de este delito de colusión ilegal sancionar.

Benji Espinoza Ramos: Para finalizar con mi intervención, hay un tema bastante interesante que han tocado mis dilectos colegas y es el tema del perjuicio. La pregunta, cuando se lleva a juicio un caso de colusión, es: ¿cómo hacemos para probar perjuicio en una imputación de colusión agravada?

Hay casos donde la fiscalía ha dicho «pruebo el perjuicio sobre la base de mi inferencia, o sea, yo deduzco que hay perjuicio porque voy a probar el acuerdo ilegal» y eso está mal. Eso está mal porque, primero, la brecha de pena entre la colusión simple y la agravada es bastante grande, los separan nueve años. Si el legislador hubiese querido que se pruebe el perjuicio tan sólo con el acuerdo, entonces, no hubiese hecho esta separación que es producto de una demanda de inconstitucionalidad, por cierto.

En la colusión simple no necesitas probar perjuicio y en la agravada sí. Dos, se necesita probar el perjuicio a través de una pericia necesariamente, porque siguiendo a un profesor que sabe bastante de derecho probatorio, el profesor Michelle Taruffo, para cada tipo de hecho hay un tipo de prueba y para este hecho, perjuicio, detrimento patrimonial, el medio probatorio idóneo, conducente, es necesariamente la pericia.

Por último, lo que yo noto en las imputaciones de colusión, es el estado lamentable en el que nos encontramos en el derecho penal peruano. Cuando hay un resultado escandaloso, basta para perseguir a todos, entonces, la Contraloría hace un informe y dice «el Estado ha perdido tanto» y a todos los funcionarios que están en el gobierno regional, en la municipalidad, a todos se les investiga, a todos se les lleva a juicio y, a veces, hasta se les condena. Esto es grave, porque olvidamos que detrás del derecho penal se pierden vidas, se pierden libertades, se pierden familias y lo que no debemos hacer es dejarnos arrastrar por el populismo penal mediático.

Ya decía el maestro argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, acá no más a unas cuadas más adelante en el Colegio de Abogados de Lima, cuando en el Perú se habían dado las famosas leyes penales antiterroristas, decía «tengan mucho cuidado, peruanos, que cuando el miedo entra, el derecho sale». Eso es lo que estamos pasando penosamente, nuevamente hoy.

Gracias.

Huber Huayllani Vargas: Para concluir, también, yo quisiera, básicamente, comentar esta Casación n.º 841.2015; me salgo un poco del tema de colusión para ingresar al delito de negociación incompatible.

En esta sentencia de Casación n.º 841-2015 se analiza, principalmente, la contratación por cuestiones de emergencia. Es una práctica común que las municipalidades y los gobiernos regionales utilicen este mecanismo de contratación por situación de emergencia, sea porque existe realmente un hecho generador, o sea porque existe un interés subrepticio de favorecer a un privado, creando una situación de emergencia. Para esto, obviamente, quien tendría que investigar sería el fiscal, para buscar si en esa contratación por situación de emergencia hubo un interés diferente al interés estatal, al interés público, un interés privado.

En esta sentencia de casación, la Corte Suprema estableció que todas las contrataciones por situación de emergencia tienen defectos administrativos y que al tener esos defectos administrativos, son pasibles de regularización; y, como consecuencia de esa regularización, no son perseguibles penalmente. Eso dice la casación. La pregunta es, ¿en qué situaciones las contrataciones por emergencia sí son perseguibles penalmente? Para eso, indudablemente, tendría que verse ese interés privado.

Yo hablaba con una colega especialista en contrataciones del Estado y me decía que esta característica de regularización o de defectos administrativos no puede entenderse cuando, por ejemplo, se consignó mal el nombre de la persona a quien se le otorgó la buena pro, o cuando se celebró el contrato en una fecha que no debió ser. Eso podría quizá regularizarse, es un defecto administrativo, pero por toda situación de defecto administrativo no puede entenderse que existe impunidad.

¿Por qué? Porque, por ejemplo, en este caso, en particular, se había creado una situación de emergencia porque, probablemente, las lluvias en Ayacucho constituían una situación de emergencia y el gobierno regional realizó una compra de tractores por veintiún millones de soles.

Esta compra de tractores tenía únicamente la finalidad de contrarrestar la hierba mala. La pregunta es, ¿en ese contrato comprar maquinaria como esos tractores agrícolas es necesario para podar esta hierba mala?

Hay elementos fundamentales en la contratación por emergencia, por ejemplo, el hecho generador. Otra característica, lo estrictamente necesario, si se cae un puente o si se cae un hospital en un terremoto, ¿qué sería lo estrictamente necesario? ¿Construir un hospital?, no; comprar, por ejemplo, medicamentos, comprar vacunas o construir carpas, eso es, probablemente, lo estrictamente necesario en esa situación de emergencia.

Entonces, la pregunta en la situación de emergencia de esos tractores para la erradicación de la hierba mala, es si era necesario comprar veintiún tractores o era necesario contratar —a mi juicio— mano de obra de personas que puedan podar esta hierba mala.

Otra característica de la contratación de emergencia es comprar lo idóneo para contrarrestar esa necesidad. ¿Qué es lo idóneo, lo idóneo es contratar a personal que pueda podar esta hierba mala o comprar maquinaria pesada, los tractores agrícolas?

Entonces, esta sentencia señala que todos los defectos administrativos, como son pasibles de regularización, no son perseguibles penalmente; sin embargo, estos elementos del hecho generador, de lo estrictamente necesario y si la compra es idónea, no deben ser analizados por la Corte Suprema, quien debe analizarlos, es la Contraloría; o, en todo caso, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Luego, la Corte Suprema recoge esa información para establecer qué es lo que determina, finalmente, en ese caso en particular.

A mi juicio, el caso del que les hablé es criticable por la forma cómo se han analizado los hechos.

Finalmente, agradezco a los organizadores por haberme invitado. Sin perjuicio de esto, yo he escrito un artículo sobre este tema; está publicado en la página web del Estudio Linares Abogados, ahí encuentran un análisis sobre este tema de la compra por situación de emergencia.

Sin más, cedo la palabra a Jorge para que pueda finalizar la intervención de la mesa.

Jorge Pérez López: Muchísimas gracias a todos ustedes y agradecer nuevamente al Instituto Peruano de Derecho Civil y para mí, de verdad, es un placer estar al lado de Benji, que es un abogado que tiene una proyección muy grande en el derecho penal y procesal penal, sobre todo; y también al lado de Huber que, lo mismo, tiene una proyección bastante grande. Un placer también estar frente a ustedes, muchísimas gracias por su atención y será para otra oportunidad.

ADICIONALES Y BOLSA DE METRADOS EN LOS CONTRATOS A PRECIOS UNITARIOS

*Víctor Velásquez Vera**

Buenas noches con todos. Vamos a tratar de ser bastante didácticos en lo que respecta a este tema; es un tema bastante técnico, se trata de adicionales de obra de bolsa de metrados. «Bolsa de metrados» es un concepto que lo conocen bastante bien los contratistas, viven con esto todos los días, lo conocen de la ejecución de sus contratos de obra y es un tema polémico, porque está vinculado a la ejecución de adicionales, está vinculado a la aprobación de adicionales, está vinculado a eventuales paralizaciones de obras hasta que no se aprueben estos adicionales.

Entonces, es un concepto que no está definido en la Ley de Contrataciones del Estado; sin embargo, es bastante recurrente en la ejecución de los contratos de obra. La bolsa de metrados básicamente se aplica para los contratos de precios unitarios. Como ustedes saben, los contratos de obra pueden ser bajo el esquema de precios unitarios, suma alzada o mixto. En el caso de suma alzada, el riesgo de los metrados lo asume siempre el contratista, en un contrato de construcción, en un contrato de obra; en cambio, en un contrato de precios unitarios, el riesgo de metrados, el riesgo de diseño, lo asumen las entidades, por lo

* Asociado principal del Estudio Pizarro, Botto & Escobar Abogados. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor de la Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, a cargo de los cursos aspectos normativos y solución de controversias en proyectos viales y administración legal de contratos de ingeniería y construcción.

que el contratista se lo traslada. Entonces, ahí es donde aplica la bolsa de metrados.

Cuando hablamos de metrados, básicamente de lo que hablamos es de cantidades de obra, ¿qué es un metrado? Metrado es una cantidad de obra de la que está conformada una partida. ¿Qué es una partida? La partida es una actividad en la que está dividida una obra. Una obra está conformada por un expediente técnico, el que tiene presupuesto, planos, especificaciones y memoria. El presupuesto está dividido en partidas y las partidas se dividen, a su vez, en cantidades de obra que se denominan metrados. Entonces, cuando hablamos de metrados, estamos hablando de las cantidades de obra que se pueden ejecutar en el marco de un contrato y hasta dónde está permitido que un contratista pueda utilizarlos, sin tener que recurrir a la aprobación de un adicional.

Históricamente, algunas entidades, sobre todo las del gobierno central, han utilizado este concepto de bolsa de metrados sin que necesariamente exista una definición legal; simplemente, lo han utilizado. ¿Cómo? Supongamos el caso de que se tenía que construir un colegio, un colegio dividido en varios pabellones, aulas, un auditorio; pero, este auditorio está conformado por partidas, partidas comunes a las tres, a las aulas, a los pabellones, al auditorio. Por ejemplo, una partida de concreto, que es uniforme, es decir, se aplica concreto tanto para los pabellones como para el auditorio; entonces, obviamente, no va a ser la misma cantidad de concreto la que el expediente le va a asignar al pabellón y al auditorio, en el expediente están previstas determinadas cantidades.

Pero, como es un contrato de precios unitarios, el contratista utilizaba los metrados de la partida de concreto e imaginemos que las cantidades de obra que se asignaron a los pabellones se agotan. Entonces, el contratista lo que hacía era utilizar los metrados del otro pabellón o del auditorio, porque, finalmente, estamos hablando de la misma partida, partida de concreto. Entonces, se utilizaba como si fuera una bolsa,

el pabellón 1, el pabellón 2 y el auditorio entran en la misma bolsa, porque es una sola partida, no es la partida del auditorio, la partida del pabellón 1, la partida del pabellón 2, es la partida de concreto.

Entonces, utilizaban esto como si fuera una bolsa y se ejecutaba, obviamente, hasta el límite del metrado autorizado, es decir, si había 1,000 m³, hasta 10,000; a partir del 1,001 los contratistas por ley tenían que solicitar un adicional de obra, en teoría. Digo en teoría, porque en la práctica muy pocos eran los que esperaban, todos iban ejecutando mientras se aprobaba y se tramitaba el adicional; pero, en teoría, legalmente, no podían hacerlo.

Ése es el tema en cuestión, que lo voy a explicar a través de un caso, un caso que va a tratar tanto el Decreto Legislativo n.º 1017, que ya no está vigente, como la nueva ley. Esto, para que ustedes puedan ver un poco ciertos matices y diferencias, no muy relevantes, pero algo hay. ¿Por qué es importante referirnos al Decreto Legislativo n.º 1017? Porque hay muchos contratos, yo diría que la mayoría, que en la actualidad se rigen por esa ley. Recuerden que en contratación pública rige la ley aplicable en el proceso de selección; entonces, todos los procesos de selección y los contratos que han sido suscritos el 2015 hacia atrás, se rigen por la norma vigente en ese momento, es decir, el Decreto Legislativo n.º 1017. Como ustedes se dan cuenta, hay muchos contratos que se rigen por esa ley, incluyendo sus arbitrajes.

Entonces, es un tema relevante que podamos conocer cómo se ha venido aplicando y las sutiles diferencias con la nueva ley.

¿Qué es lo que ocurre? Un contratista tenía que ejecutar una obra y tenía una partida, que en este caso era una partida de carpeta asfáltica, era un proyecto vial. Esta carretera estaba dividida por tramos, había cuatro tramos; la obra era una sola y estaba dividida por tramos. En el expediente había una sola partida, carpeta asfáltica, pero para cada tramo había sido asignado referencialmente una determinada cantidad.

El contratista empezó a ejecutar el tramo 1 y le faltaron metrados, pero el tramo 2 tenía metrados en exceso —porque los tramos no tienen que ejecutarse uno después del otro, pueden ejecutarse al mismo tiempo—. Entonces, cuando el contratista se dio cuenta de que el tramo 2 tenía metrados en exceso, fue donde la entidad y él acordaron aplicar la bolsa de metrados.

El problema surgió en la valorización. Cuando ya el contratista había ejecutado, surgió el problema de la valorización. El supervisor dijo: «¿cómo vamos a hacer con estos metrados que supuestamente no estaban en la planilla del tramo?» y la entidad dice «apliquemos la bolsa de metrados»; entonces, el supervisor dice: «la bolsa de metrados no está regulada en ningún lado». ¿Qué se le ocurrió al contratista? Pedirle una opinión al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

El contratista lo hizo y el OSCE emitió la Opinión n.º 077-2015 y esta opinión es muy conocida, porque trata la bolsa de metrados. ¿Qué es lo dijo el OSCE? Dijo que los metrados pertenecen a la partida, no pertenecen a los tramos en los que se subdivide la obra, sino que los metrados son de la partida. En consecuencia, si se tiene que tramitar un adicional, es porque faltan metrados en la partida, es decir, lo que el OSCE hizo fue reconocer la bolsa de metrados.

¿Por qué fue que en ese momento el OSCE llegó a esa determinación? Además de un análisis jurídico sobre que, en realidad, la definición de adicional de obra de la Ley de Contrataciones, siempre hace referencia a la falta de metrados de una partida, no hace referencia a la falta de metrados de un sector o de un tramo, siempre habla de la partida; además de eso, se habían presentado problemas en adicionales de obra que habían excedido el 15%.

Como ustedes saben, la Ley de Contrataciones prevé que los adicionales de obra que superen el 15% del monto original del contrato tienen que ser aprobados por la Contraloría General de la República.

Entonces, había casos que superaban el 15%, se iban a la Contraloría y no aplicaban bolsa de metrados y cuando iban ante la Contraloría, ésta decía: «te deniego el adicional porque tú tienes metrados en la partida»; es decir, lo que decía la Contraloría en el año 2013, 2014, era, prácticamente, «no tramites adicionales cuando tienes metrados disponibles».

Éste era un problema que tenía consecuencias. ¿Por qué? Porque el tener que ir ante la Contraloría General de la República supone que la obra tenga que estar paralizada o que esos metrados no se puedan ejecutar, porque por ley el contratista no puede ejecutar los metrados hasta que no sea autorizado por la Contraloría. Es decir, esas obras tenían que estar paralizadas. ¿Para qué? Para que al final la Contraloría diga: «no es necesario un adicional, no puedo aprobar un adicional, no lo necesitas, porque tienes metrados disponibles». Entonces, evidentemente, eso motivaba que después los contratistas solicitaran ampliaciones de plazo con gastos generales y demandaran, pues, mayores recursos del erario público. Eso era lo que ocurría.

Entonces, el OSCE reguló la bolsa de metrados. ¿Qué ocurrió? Reguló la bolsa de metrados con la Opinión n.º 077-2015, vinieron las valorizaciones, porque fueron varias y se pararon las valorizaciones y, para un poco de mala suerte de la obra y del contratista, los adicionales también superaron el 15% del monto original del contrato, por lo que el contratista tuvo que ir a la Contraloría General de la República. Pero, obviamente entre el 2013 y el 2016 cambiaron los funcionarios y, a veces, cuando cambian los funcionarios, cambian los criterios.

¿Qué pasó? La Contraloría tenía un criterio diferente, el criterio de la Contraloría era ya no creer en la bolsa de metrados. Entonces, cuando fueron por los adicionales, la Contraloría dijo: «no te puedo aprobar los adicionales; es más, voy a investigar estos metrados que han sido ejecutados en aquellos tramos en los que no habían metrados disponibles», es decir, en contra de la bolsa de metrados. Si yo tenía el tramo 1, que tenía 200 m³, el tramo 2, que tenía 300 m³ y el tramo 3, que tenía 200

m³, y yo en el tramo 1 ejecuté más de 200, que era lo que estaba permitido, y utilicé 300, mientras que en el tramo 2 que tenía 300 utilicé 200 y llegué a la misma cantidad, para la Contraloría eso no interesaba.

Eso motivó que hubiera menores metrados; y, obviamente, ya se venía el Órgano de Control Interno, entonces, motivó también que la entidad tuviera que descontar. Después de que la Contraloría les dijo eso, para la siguiente valorización, la entidad dijo: «los metrados que ya te pagué, me los tienes que devolver»; y, obviamente, no se trataba de un monto menor.

Todo ello, porque no había una regulación de la bolsa de metrados, no la hubo, no la hay y hay diferentes criterios entre las mismas entidades del Estado. Algunas entidades del Estado creen en la bolsa de metrados, otras no; en la Contraloría se creyó en la bolsa de metrados en algún momento, en otro no.

Éste es un tema que no es sólo teórico. Como se pueden dar cuenta, es un tema que tiene efectos prácticos relevantes. Una obra puede estar paralizada por ese tema tranquilamente seis meses o un año, y estamos hablando de gastos generales cuantiosos, de tres, cuatro, cinco millones, hasta diez millones tranquilamente, porque no está definido el tema de la bolsa de metrados. Eso es lo que está pasando con los contratos regidos por el Decreto Legislativo n.º 1017.

Ahora, ¿qué pasa con la nueva ley? La nueva ley establece una serie de distinciones, atiende más a la naturaleza de los contratos de precios unitarios. Bajo el Decreto Legislativo n.º 1017, todo adicional, sea de precios unitarios o a suma alzada, ningún mayor metrado podría ser ejecutado si no hay una aprobación previa, pese a que un contrato de precios unitarios tiene una naturaleza de metrados, o sea, todo es cantidad de metrados, es decir, al contratista se le paga es en función a la cantidad de metrados que hace.

Lo que hace la nueva ley es que en aquellos contratos de precios unitarios, los mayores metrados ya no necesitarán una aprobación para su ejecución, pero sí para el pago. Aparentemente, con esta regulación se va a generar mayor celeridad en la ejecución de las obras, porque eso quiere decir que si se trata de precios unitarios y hay mayores metrados, simplemente el contratista lo va a hacer.

Pero, ¿qué ocurre? El artículo de la nueva ley que regula cuándo un adicional va a la Contraloría, establece un nuevo concepto que es «aquel mayor metrado que no constituye una variación del expediente técnico». Cuando incorpora este término de «aquel mayor metrado que no constituye una variación del expediente técnico», es que parece que volvemos a fojas cero, porque ¿qué se considera una variación del expediente técnico?, ¿cuándo es un mayor metrado o es cualquier modificación? Si el sector «A» tiene una diferencia de metrados en el plano, y por más que el metrado de la partida no se modifique, el hecho de que haya habido una variación entre dos sectores, ya es una variación al expediente técnico. En consecuencia, no importa que no haya un mayor metrado al final, ya no puedo ejecutar, porque eso implica una variación al expediente e igual tengo que esperar que me den la aprobación de mi adicional.

¿Es eso? Lamentablemente, en lo que respecta a obras públicas, es más importante lo que no dice la ley que lo que dice. Entonces, algunos ingenieros cuando se les consulta qué se entiende por variación del expediente, hacen un ejemplo como el que uno construye una carretera y una falta de variación del expediente es si yo tengo que unir el punto «A» y el punto «B», pero si yo no me muevo del trazo, entonces, eso quiere decir que no ha habido una variación del expediente. Algunos ingenieros lo entienden así, si no hay cambio de trazo, en el caso de carreteras, por ejemplo.

Es un tema polémico. Claramente, no todas las entidades tienen este criterio; algunas entidades te dicen: «si tú por el replanteo tienes

una modificación de metrados en los planos, ésa es una modificación del expediente». Entonces, es un tema que realmente da mucho de qué hablar porque tiene muchos efectos prácticos, tiene tantos efectos prácticos que el contratista tiene que parar obras hasta que le den una autorización, tiene que esperar, tiene que pedir ampliaciones de plazo por este tipo de situaciones, ampliaciones de plazo y gastos generales, un mayor costo indirecto. Todo ello porque no está regulado adecuadamente.

En nuestra opinión, la Opinión n.º 077-2015 del OSCE sigue vigente; de hecho, todavía muchas entidades aplican la bolsa de metrados y, en sentido estricto, en lo que respecta a contratos de precios unitarios donde el riesgo de metrados no es un riesgo del contratista, debería haber mayor flexibilidad y debería aceptarse la bolsa de metrados. Debería, además, regularse qué se entiende por una variación del expediente, cuándo estamos ante una variación y cuándo no. Sin duda, es un tema casuístico, va a depender del tipo de proyectos, no todos los contratos de precios unitarios son proyectos viales, con lo cual no siempre podemos hablar de un trazo, el Estado construye carreteras, colegios, hospitales y todos se rigen por esa misma ley.

Así como les he contado el caso de la carretera y el caso del contratista, también hay casos de edificaciones donde los contratistas han tenido que aplicar el criterio de la bolsa para pabellones, para hospitales en caso de salud.

Es un tema bastante relevante que, además, tiene que ir de la mano con la opinión de la Contraloría General de la República porque, como les he contado, la entidad puede decir una cosa, pero en las obras públicas por una sola opinión de un órgano de control interno puede ser que una obra pase del día a la noche, es así de dramático. Te aprueban ampliaciones de plazo, te aprueban adicionales, viene el control, la OCI emite un informe, te dice que hay problemas y el funcionario de un momento a otro ya no te aprueba ampliaciones, ya no te aprueba adi-

cionales. De hecho, condiciona la Contraloría General de la República, la actuación de los funcionarios y lo hace también porque, obviamente, no hay predictibilidad en las normas, la Ley de Contrataciones no te dice nada al respecto y, si lo hace, como es el caso de la nueva ley, no lo hace de un modo completo y total, cuando parecería que sí, que te dice: «los mayores metrados son permitidos», después te dice «siempre y cuando no constituya una variación del expediente técnico», y no te dice qué significa eso.

Entonces, conclusión, al día de hoy: es incierto todavía el panorama respecto de la viabilidad y la validez de la bolsa de metrados. Las entidades, léase el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, lo aplican en algunos casos de forma arbitraria y discrecional y en algunos casos no; algunos gobiernos regionales lo aplican.

Creo yo que, realmente, lo que está detrás, ya como reflexión final, es ¿por qué habría de permitirse la bolsa?, ¿qué es lo que está detrás de considerar que un adicional solamente surge cuando hay un mayor metrado en la partida total, en la partida de la obra y no en un sector?, porque, finalmente, las normas de contratación pública, están destinadas para que primero haya una aprobación de la entidad y después viene el contratista. Entonces, si lo que se quiere es un contrato de precios unitarios donde al contratista se le va a pagar por lo que, efectivamente hace, no tiene mucho sentido que no se aplique la bolsa de metrados.

Este criterio, obviamente, de ninguna manera puede ser aplicado en un contrato de suma alzada, pero sí tiene perfecta lógica para un contrato de precios unitarios, más aún cuando en estos contratos no aplicar la bolsa de metrados implica demoras en la obra que, además de las ampliaciones de plazo y los gastos generales que implican, trae como consecuencia que la misma obra no pueda estar terminada, lo que genera una serie de perjuicios. Eso significa que la carretera no estará lista, que el colegio no estará listo, que el hospital no estará listo, que, en general, las obras no estarán terminadas por esto. ¿Por qué? Porque no

todos los contratistas se arriesgan a aplicar la bolsa de metrados ahora, aun cuando las entidades le dicen que sí la apliquen, porque no todos los contratistas tienen el respaldo para poder soportar un arbitraje cuando no les paguen o cuando les descuenten.

No todos los contratistas pueden soportar un arbitraje de dos o tres años con lo que ello implica, costos de abogados, tribunal arbitral y, sobre todo, las fianzas de fiel cumplimiento, tener que renovarlas constantemente, además de la línea de crédito que se les ve afectada. Sin duda, haciendo un análisis de costo-beneficio, es mucho mejor que este criterio sea aceptado y que sea recogido, esperemos, en el paquete que va a salir pronto de modificaciones de la Ley de Contrataciones y se diga algo al respecto, aunque lo dudo.

Bien, muchas gracias.

MESA REDONDA:
MATERIAS CONCILIABLES EN
CONTRATACIONES ESTATALES

*Carlos Castillo Rafael**
*Ricardo Caldas Fernández***

Carlos Castillo Rafael: Muy buenas noches. Agradezco, en primer lugar, a los organizadores de este importante evento por la gentil invitación.

Me ha tocado desarrollar el tema de la conciliación extrajudicial en el ámbito de las contrataciones públicas. Es un tema poco desarrollado, pero no por ello menos importante. Habría que analizar dos fuentes normativas; en primer lugar, la Ley de Contrataciones del Estado, la Ley n.º 30225 y su respectivo Reglamento; pero, por otro lado, está la ley de la materia, la Ley de Conciliación, Ley n.º 26872, su modificatoria del año

* Abogado y magíster en filosofía. Cursó sus estudios de filosofía a nivel de pregrado y postgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tiene estudios de derecho en la Universidad de San Martín de Porres y es egresado del doctorado de derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asimismo, es catedrático universitario a nivel de pre y postgrado de cursos relacionados con el derecho de arbitraje, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y filosofía en diversas universidades del país. En la actualidad, es fundador y presidente del Centro de Altos Estudios Peruanos e Interculturales, Patmos.

** Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, egresado de la maestría en derecho procesal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Conciliador extrajudicial en materia civil y especializado en familia y capacitador principal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en materia de conciliación. Asimismo, es director del Centro de Conciliación Alianza de Paz y socio fundador del estudio jurídico Caldas Fernández & Abogados Asociados.

2008, Decreto Legislativo n.º 1070 y el Reglamento de dicha Ley de Conciliación, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 014-2008-JUS.

Ahora, no debería haber mayor diferencia en lo que respecta a la conciliación en contrataciones cotejando ambas normas jurídicas; sin embargo, sí las hay. Una primera cuestión que surge al respecto es que cuando se produce esta suerte de incongruencia normativa entre lo que establece la Ley de Conciliación, la ley de la materia y otra ley, con relación a la conciliación extrajudicial, uno tendería a pensar que debería primar la ley de la materia; o sea, la Ley de Conciliación para los temas de conciliación, por ejemplo, en el caso de qué materias son conciliables y qué materias no lo son.

Sin embargo, esa lectura estaría equivocada, si tomamos en cuenta que la Ley de Contrataciones del Estado señala de manera expresa que para efectos de cualquier tema relacionado con las contrataciones públicas, específicamente con los diversos medios o mecanismos de gestión de controversias en conflictos derivados de contrataciones públicas, la norma jurídica que prevalece es la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y otras, y señala que no se puede cambiar ese orden de prelación. Entonces, uno terminaría diciendo, aun cuando la Ley de Conciliación señala una lista de materias conciliables que no son las que plantea la Ley de Contrataciones del Estado, debieran, finalmente, inclinarse por la Ley de Contrataciones, dado que así lo señala en el artículo 42 dicha norma jurídica.

En principio, uno podría decir que con eso está solucionado el problema; pero, hay un problema que no está solucionado por esta suerte de afirmación normativa. Es un problema que no tiene que ver ya con la ley, ni siquiera con el tema mismo de las contrataciones, con la entidad, con el contratista, ni con el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, ni nada; es el problema para el operador de la conciliación, es decir, para los conciliadores extrajudiciales y para los centros de conciliación extrajudiciales.

¿Problema, por qué? Porque ellos, en principio, han sido formados para aplicar la ley de la materia, la Ley de Conciliación y su Reglamento, a ellos se les enseña cuáles son las materias conciliables conforme a dicha ley, a ellos se les prepara para seguir o reclamar el cumplimiento de las exigencias contenidas en esta ley. La acreditación del Ministerio es por el cumplimiento de las exigencias normativas contenidas en dicha ley.

Entonces, un primer problema práctico que arrojaría esta suerte de primer nivel de incongruencia normativa con respecto a las materias conciliables en contrataciones, sería el tema de cómo encara esta distinción el operador de la conciliación extrajudicial. Lo que resulta de todo esto es que se requiere necesaria y urgentemente que los operadores de la conciliación extrajudicial amplíen su horizonte de estudios y aborden de una manera sistemática y plena la lectura de la Ley n.º 30225 y su Reglamento, por lo menos, en lo que respecta a las formas de gestión de controversias que, como ustedes saben, son el arbitraje, la junta de disputas y la conciliación.

Sin embargo, eso sería también peligroso, porque reducir todo el análisis a ese título o a ese capítulo de la norma no es suficiente. En el tema de cuáles son las materias conciliables, para entender esas materias conciliables típicas de las contrataciones con el Estado, se requiere tener un conocimiento mayor que ese capítulo en particular, se requiere saber de toda la ley de contrataciones, incluso de normas relacionadas con este importantísimo tema.

Esto, me lleva a una reflexión final para terminar la primera parte de mi exposición, es que debería haber un trabajo mancomunado entre el ente rector de la conciliación extrajudicial, es decir, la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el ámbito del Estado que se encarga de sacar adelante las contrataciones públicas, el arbitraje, la junta de disputas, la conciliación y que cumple un rol administrativo como ése, es decir, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Ese trabajo parece tener algunos frutos. Hasta enero de este año fui coordinador del área de arbitraje del Ministerio de Justicia; sin embargo, en mi calidad de conocedor de la materia, antes de que saliera la actual Ley de Contrataciones, incluso el Reglamento, me pidieron una opinión sobre el proyecto, el proyecto que ya es norma vigente y, precisamente, sobre los artículos que voy a hablar en la segunda parte de mi intervención, sobre los artículos que tienen que ver con conciliación. Entonces, advertimos esas incongruencias que ya estaban en el proyecto, qué materias son conciliables vistas desde la Ley de Contrataciones y cuáles son las que pueden ser o no ser vistas desde la Ley de Conciliación y dijimos lo que ahora estamos comentando, que había una incongruencia, al parecer no se tomó en cuenta este detalle y también manifestamos que habían otros temas pequeños, técnicos, relacionados con la obligación del centro de conciliación con relación al acta de conciliación, etcétera.

Entonces, me parece que lo importante sería un trabajo más sistemático, más detallado entre el ente rector de la conciliación y el de contrataciones con el Estado, sobre todo orientado a los operadores de la conciliación, para que ellos brinden un servicio expeditivo, eficaz y que no genere luego las nulidades de las actas de conciliación sobre temas de contrataciones, que después terminan perjudicando al propio Estado, que es una de las partes en este tipo de controversias.

Ricardo Caldas Fernández: Bueno, en principio, agradecer a los organizadores de este magno evento por la invitación gentil que me realizaran para formar parte de este congreso.

Entrando ya de lleno al tema de la conciliación extrajudicial, de las materias conciliables respecto de las contrataciones estatales, tal como lo ha dicho mi antecesor, comparto con él el punto respecto a que existe una total disociación entre la Ley de Conciliación y actual Ley de Contrataciones del Estado, porque no se ha considerado, como había señalado anteriormente, estos puntos que no confluyen.

Las materias de conciliación, para empezar, la conciliación extrajudicial, puede ver todo aquello que sea de derecho disponible, eso dice la norma y la norma de conciliación también establece dos especialidades, las que están vigentes actualmente, la materia en derecho civil y la materia en derecho de familia. Entonces, tal como señalaba mi antecesor y me permito citarlo, debería tenerse una especialización en materia de contrataciones del Estado, donde un conciliador sea formado respecto de estas normas específicas.

Avanzando en el punto, las materias conciliables citadas en la norma han sido, entre otras, la resolución de contratos, interpretación y ejecución del contrato, liquidación de obra, entrega de obra, los vicios ocultos, incumplimiento de pago, ampliación de plazo, que es importantísimo, tal como lo había señalado el doctor que nos antecedió en la palabra. La ampliación de obra, muchas veces se paraliza, hay mayores pagos de gastos generales y todo esto genera, en buena cuenta, gasto al Estado, porque como dijo también, los pagos de los arbitrajes son muy amplios y no todos los contratistas pueden soportar este tipo de gastos.

Habiendo señalado cuáles son las materias conciliables, debemos precisar que estas materias conciliables no son excluyentes de otras, se puede conciliar todo aquello que sea de materia disponible. La ley lo que sí ha señalado es cuáles no son conciliables y, entre ellas, tenemos la nulidad de contrato, aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, enriquecimiento sin causa o indebido, indemnizaciones que devienen o se originen en la falta de prestaciones adicionales, así éstas hayan sido aprobadas parcialmente. Ésas son materias que si han sido presentadas en un centro de conciliación tienen que ser rechazadas, porque la norma ha señalado su negativa al respecto. Entonces, si no se puede conciliar este tipo de cosas, los centros de conciliación deberán estar instruidos previamente sobre esta norma.

Yo quería en esta conversación, en esta mesa, poder plantear lo siguiente. Estamos hablando de cuáles son materias conciliables y cuáles

no, pero la conciliación en materia de contrataciones va más allá, en la práctica el centro de conciliación y el conciliador a cargo tienen mayores problemas, por así decirlo. Si bien es cierto, la norma de conciliación no establece una calificación exhaustiva de la solicitud, se presentan problemas tales como el emplazamiento al invitado a un procedimiento conciliatorio.

Señalando el problema en específico, tenemos un problema en contrataciones del Estado en el que ha contratado un contratista con un gobierno regional, la norma de conciliación señala que se debería invitar a las partes que participan del contrato, tenemos gobierno regional y contratista; pero, la norma de la Procuraduría Pública, la norma de defensa jurídica del Estado, señala en el artículo pertinente que deberá ser emplazado el procurador. Aquí llegamos a un problema, ¿qué pasa si la solicitud presentada está dirigida únicamente a la entidad y no al procurador?, los centros de conciliación, actuando de manera proba, deberían recomendar que se cite al procurador y que modifiquen la solicitud. Si esta situación no sucede, el centro de conciliación no puede prohibir el inicio del procedimiento conciliatorio, que tiene efectos, que más adelante, en la segunda parte de mi intervención voy a señalar cuáles son esos efectos del inicio del procedimiento conciliatorio.

Nos encontramos ante el problema de a quién emplazamos. Si sólo se emplaza al procurador, es correcto, recordemos que el procurador es el abogado del Estado; entonces, si yo invito a conciliar a la entidad, la entidad tendrá que comunicarle a su procurador. Pero, les decía, la norma de defensa jurídica del Estado dice que las instituciones, llámese Poder Judicial, no lo cita tal cual, pero hace la referencia, deben de comunicar, de emplazar al procurador. En este caso, señores, si ustedes en algún momento participan de un procedimiento conciliatorio, la recomendación es que pongan tanto al procurador como a la entidad, para que no tengan problemas en este procedimiento conciliatorio.

Habiendo dicho esto, le doy la palabra a mi colega para que continúe con la segunda parte de su intervención.

Carlos Castillo Rafael: Bueno, el Ministerio de Justicia hace una labor esforzada con el ánimo de orientar a cerca de 50,000 conciliadores acreditados a la fecha en más de 1,400 centros de conciliación privados, 84 son públicos. La conciliación es obligatoria en 34 distritos conciliatorios, vale decir, 34 provincias de las 196 que tiene nuestro país. La conciliación extrajudicial ha crecido de manera importante y es importante también defender ese ámbito para que se pueda tratar el tema de contrataciones.

El hecho de que delatemos algunas debilidades normativas no debe poner en tela de juicio la pertinencia de que la conciliación sea también, como el arbitraje y la junta de disputas, una forma de gestionar este tipo de controversias, hay que perfeccionar simplemente el sistema.

En ese afán, el Ministerio de Justicia, prácticamente, con la salida de la anterior administración, dio la Resolución Directoral n.º 069-2016, de fecha 12 de agosto, en virtud de la cual la Dirección de Conciliación aprobó la Directiva n.º 01-2016-JUS-DGDP-DCMA. Esta primera directiva de este año, dada por la anterior administración al frente del Ministerio de Justicia y de la Dirección de Conciliación, tiene por título «Lineamientos para la correcta prestación del servicio de conciliación extrajudicial», es decir, el Ministerio se vio en la necesidad de darle la mayor orientación al operador y saca esta directiva para que ellos tengan conocimiento más en detalle de lo que pueden hacer y de lo que no pueden hacer durante el desarrollo del procedimiento conciliatorio, principalmente.

En esa directiva que, como ven, es muy reciente, hay varios subtítulos, acápite, destinados a la conciliación extrajudicial con relación al tema de contrataciones. Uno de los temas que aborda esta directiva es, precisamente, el comentado por el anterior expositor, sobre la pertinen-

cia de que sea emplazado el procurador respectivo cuando el Estado o alguna entidad de derecho público sea la invitada a conciliar. En el numeral 5.7 del documento citado, se lee lo siguiente y cito: «En materia contractual relativa a las contrataciones del Estado, se llevará a cabo de acuerdo a la ley de la materia —la Ley de Contrataciones—. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, invalidez del contrato, entre otras pretensiones, se resuelven mediante conciliación según el acuerdo de las partes —repite lo que está en la Ley de Contrataciones—. Cualquiera de las partes tiene derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad —repite lo que está en la norma de contrataciones, pero aquí viene la parte pertinente—. La representación recae sobre el procurador, quien puede delegar dicha facultad en cualquiera de los abogados mediante documento simple para la participación en las audiencias de conciliación».

Entonces, los conciliadores extrajudiciales han tomado conocimiento de esta directiva, que en buena parte reproduce una directiva anterior del año 2013 y, en este punto específico, se ha reproducido la directiva del año 2013, donde ya se le informaba al conciliador que en los casos en los que el Estado es parte, debe ser emplazado el procurador, incluso se le ha instruido al conciliador sobre la resolución autoritativa, es decir, el procurador no solamente tiene que presentar la resolución en virtud de la cual lo designan como tal, como representante de una entidad de derecho público, sino la resolución por la cual lo autorizan a conciliar de cierta manera.

Lo nuevo y lo importante a destacar de este documento que estamos señalando, es que se citan documentos de la defensa jurídica del Estado. Leo la parte final del numeral 5.7: «Para firmar los acuerdos conciliatorios es necesario que se cuente con la resolución autoritativa, conforme a lo establecido en el artículo 38 y 38-B del Reglamento de la Ley de la Defensa Jurídica del Estado, aprobado por Decreto Supremo n.º 017-2008-JUS, debiendo ésta contener los acuerdos a plasmarse

en el acta de conciliación. El procurador no requerirá de la resolución autoritativa cuando el importe a pagar, que no sea pago indebido, no supere las 5 UIT».

¿Cuál es el tema sobre la participación del procurador? Me parece que hay algo que todavía no se ha corregido, está no en la directiva, no en la Ley de Conciliación, sino en el Reglamento de la propia Ley de Contrataciones, en el artículo 183, en el que se lee lo siguiente: «de ser necesario contar con una resolución autoritativa para arribar a un acuerdo conciliatorio, el procedimiento se puede suspender hasta por un plazo de 30 días hábiles».

Bueno, cuando llegó, les comentaba, a la coordinación que estaba a mi cargo esta propuesta y elaboré el informe respectivo, dije que esta afirmación que se ha reproducido, finalmente, a pesar de una recomendación contraria que dimos, comete un pequeño error que los conciliadores conocemos en el trájín diario de la función conciliadora. ¿Cuál es? El procedimiento conciliatorio se inicia con la admisión de la solicitud, que sí tiene un artículo que determina cómo debe calificarse, incluso se es muy exigente con el tema de la materia conciliable. Se inicia, se designa al conciliador, se invita a las partes y se fija fecha para la audiencia. El procedimiento conciliatorio, entonces, alberga la audiencia de conciliación y la audiencia de conciliación tiene un plazo, de acuerdo a la Ley de Conciliación, de treinta días calendario con opción a prórroga, que puede ser por decisión de las partes, treinta, sesenta o algunos días solamente.

Entonces, ¿cuál es la primera inconsistencia que genera problemas prácticos al operador? Cuando se dice que para efectos de que el procurador tramite la resolución autoritativa, de repente, ya llegó a un entendimiento con la otra parte, pero falta que lo autoricen, entonces, se va a interrumpir el procedimiento, se va a suspender por un plazo de treinta días hábiles. Para empezar, no es que se suspenda el procedimiento, porque el procedimiento comenzó con la admisión de la solicitud, lo

que se suspende es la audiencia de conciliación, o sea, el momento en que se reúnen las partes en la audiencia, la primera sesión, eso se suspende, debió indicarse que lo que se suspende es la audiencia, no el procedimiento; y, por otro lado, treinta días hábiles supera los treinta días calendario que tiene la audiencia, entonces, lo que en la práctica tiene que ocurrir es que el procurador el día de la audiencia donde se señala la suspensión, para tramitar la resolución autoritativa tiene que proponer, el conciliador oficiosamente lo puede decir también, que se debe pactar ampliar el plazo de suspensión de la audiencia por, digamos, treinta días calendario más o sesenta, para que tenga esos treinta días hábiles finalmente el procurador y pueda tramitar la resolución autoritativa. Este plazo, como lo señala el artículo 183 del Reglamento, no es solamente ya treinta días hábiles, sino que puede ser ampliado por treinta días hábiles adicionales.

Entonces, sí me parece importante resaltar este tema, para que el operador de la conciliación quien, finalmente, va a tener a su cargo la redacción del acta donde se plasman los acuerdos entre la entidad y el contratista, por ejemplo, lo debe mantener muy escrupulosamente.

Ricardo Caldas Fernández: Bueno, debemos de tener presente que la Ley de Conciliación hace un análisis sobre cómo se va a llevar a cabo el procedimiento de conciliación. Bien precisaba el doctor, que lo que se suspende es la audiencia y eso se encuentra regulado actualmente en la Ley de Conciliación. El procedimiento de conciliación debe durar treinta días calendario, desde su inicio, que se da con la presentación de la solicitud. Debemos tener presente que no existe documento alguno por parte del centro de conciliación declarando admitida una solicitud de conciliación, la verificación del cumplimiento de los requisitos genera que el centro de conciliación reciba la misma e inicie el procedimiento.

Habiendo hecho esa precisión, debemos considerar que en el artículo pertinente de esta Directiva n.º 01-2016, que se citó anterior-

mente, se señala lo que a la letra dice: «El titular de la entidad o la persona que éste delegue de forma expresa y por resolución cuenta con facultades suficientes para participar en procedimientos de conciliación extrajudicial, pudiendo suscribir los acuerdos si además está autorizado para ello».

¿Qué quiere decir esto? El primer problema que yo les planteé, ¿sólo el procurador puede llegar a un acuerdo? No, también hoy en día, de acuerdo tanto a la directiva que no es vinculante, porque es una directiva y no puede modificar una norma, como al reglamento de defensa jurídica del Estado y también a la Ley de Contrataciones del Estado, el titular de la entidad, llámese gobernador regional, alcalde provincial, director de un hospital estatal, también puede llegar a un acuerdo, siempre que cuente con la resolución autoritativa correspondiente.

Entonces, aquí está el primer problema que yo les había mencionado, ¿quién viene a conciliar?, ¿el procurador o el titular de la entidad?, cómo se ponen de acuerdo va a depender de ellos.

Habiendo dicho eso, paso al siguiente punto. Los acuerdos conciliatorios necesitan una resolución autoritativa siempre, y esa resolución autoritativa debe señalar cuál es el acuerdo al que arriben; y si esto se realiza posteriormente al inicio del procedimiento conciliatorio y al inicio de la audiencia de conciliación, que fue suspendida, la conciliación que tiene por finalidad llegar a un acuerdo consensuando entre las partes sobre una materia controvertida con relevancia jurídica en la audiencia, ya no se realiza, la conciliación extrajudicial pierde, en mi opinión, su esencia, que es buscar que las partes puedan llegar a un acuerdo en la audiencia. En otras palabras, van a buscar la solución por fuera, extra procedimiento conciliatorio, extra audiencia conciliatoria y van a venir con algo para que sea plasmado dentro del acta de conciliación.

Damos un ejemplo sencillo. Hay una obligación de dar suma de dinero donde la entidad «X» debe pagar por mayores gastos generales la

suma de un millón de soles, el procurador tendrá su resolución autoritativa donde diga: «vas a poder llegar a un acuerdo sobre medio millón de soles en pagos de cuatro cuotas»; en otras palabras él vendrá, presentará su acuerdo y si la otra parte no desea aceptar, porque va a tener que aceptar ese acuerdo, porque se lo van a intentar imponer, van a llegar a una falta de acuerdo. Por tanto, la conciliación, simplemente, no va a lograr su finalidad, que es buscar la solución, la paz social, más aún, si tenemos presente que un arbitraje tiene costos bastante elevados y, obviamente en temas civiles, fuera del tema de contrataciones, un proceso judicial implica mucho más en temas de tiempo y dinero. Eso es todo.

Carlos Castillo Rafael: Bien, sólo una precisión a lo que ha mencionado el expositor anterior. El procedimiento conciliatorio no dura treinta días calendario, lo que dura treinta días calendario es la audiencia de conciliación, artículo 16, y puede ampliarse lo que las partes crean conveniente. Más bien lo que establece la norma es que el procurador para la resolución autoritativa suspende el procedimiento, la idea es que hubiese sido más deseable que ponga que se suspende la audiencia.

Hay algo interesante que el Reglamento de Contrataciones agrega, muy bien me parece, con respecto a la conciliación, que era un defecto casi crónico, institucional del Estado de recelar conciliar, prácticamente cuando venía la entidad o su representante, ya sabíamos en el centro de conciliación que, simplemente, iba a hacer acto de presencia para que no declaren su inasistencia, cuando a veces te confesaba en voz baja el procurador que él estaba de acuerdo, que era una buena propuesta de solución; sin embargo, no tenía la autorización para conciliar, ya la propuesta del Estado era no conciliar, sobre todo porque tal vez podría sospecharse que no se estaban defendiendo arduosamente los intereses del Estado.

Entonces, casi durante los años anteriores, la posibilidad de que el Estado concilie era excepcional, pero con el artículo 182 del Reglamento de la Ley de Contrataciones esperamos que eso cambie. El artículo 182, como ustedes saben, dice lo siguiente: «Bajo responsabilidad del titular de

la entidad o por 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 y riesgos de no adoptar un acuerdo conciliatorio. Dicha evaluación debe estar contenida en un informe técnico legal». Es decir, si se va a decidir conciliar o, incluso, no conciliar, tiene que pasar por una evaluación, una reflexión, un informe técnico legal, que determine si le conviene o no al Estado llegar a un acuerdo conciliatorio que, sin duda, sería ventajoso no sólo por el tiempo, sino por el ahorro de recursos, recursos de todos nosotros.

Por otro lado, para terminar, sobre la tesis planteada por el expositor, me parece muy pertinente, acerca de la viabilidad o que exista o se implemente una especialidad de conciliación extrajudicial únicamente en contrataciones con el Estado. Efectivamente, la ley de la materia solamente habla de dos, en materia de familia y en materia laboral, ésta última está en la ley, pero no se ha implementado todavía por ciertos problemas técnicos que, al parecer, genera esta implementación; pero, no porque la ley no señale que hay otra especialidad, no se puede decir que no exista, de hecho la hay, podemos hablar de conciliación extrajudicial en materia de salud o la propia conciliación extrajudicial comunitaria de las Demunas y otras que no tienen un rostro muy visible, pero que se dan, como la conciliación escolar, etcétera.

Yo sí pienso y coincido con el anterior expositor, que debe haber una especialidad de contrataciones con el Estado. Sería importantísimo que el Ministerio de Justicia junto con el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado y otras instituciones involucradas en el tema, saquen adelante esa especialidad que permitiría un trabajo más expeditivo, más riguroso, más serio y por parte de los operadores de la conciliación extrajudicial, con el consiguiente beneficio no sólo del contratista, sino de la entidad y, finalmente, de todos nosotros.

Muchas gracias.

Ricardo Caldas Fernández: Bueno, para concluir mi parte en esta mesa, debo señalar que, dentro del procedimiento conciliatorio en tema de contrataciones estatales, existen efectos, el inicio del procedimiento conciliatorio va a generar la suspensión del ejercicio de la acción para iniciar el procedimiento arbitral correspondiente. Entonces, ésta es la etapa en la cual se busca una solución económica en cuanto a tiempo y costos; pero ¿qué pasa en el supuesto después de la evaluación técnica consensuada de si se puede llegar a un acuerdo o no respecto del beneficio o no del Estado, ¿qué pasa cuando esto no sucede? Muchas veces los procuradores, los que estamos en el día a día en la conciliación extrajudicial, como el doctor que me antecedió, o no vienen a la conciliación o sólo vienen a hacer acto de presencia, porque como se ha señalado, a veces autorizan a sus abogados a participar, pero ellos no pueden hacer otra cosa más que hacer acto de presencia.

Entonces, el efecto de la prescripción para el derecho de accionar en la vía arbitral se suspende, pero ¿qué pasa si la conciliación termina en el supuesto de inasistencia de ambas partes? Cuando ambas partes no estuvieron en ninguna sesión de la audiencia de conciliación, este plazo transcurrido se va a sumar al plazo prescriptorio, quiere decir que se deja sin efecto esa suspensión, los días o el plazo que tienen para poder iniciar, se comienzan a computar rígidamente.

¿Qué pasa en el supuesto en que la conciliación termina por inasistencia del solicitante? También el plazo de suspensión deja de funcionar. Y, en el último caso que me parece que, de repente, falta un poco complementarlo, señala que en caso de una conclusión del procedimiento por decisión debidamente motivada del conciliador, que sea imputable a la parte solicitante de la conciliación, también se suspende el plazo, ese plazo no va a funcionar y va a correr un plazo rígido, como si no hubiese iniciado conciliación.

Deben tener en cuenta que la conciliación extrajudicial con el Estado no es obligatoria, es facultativa, las partes podrían convenir en el

contrato ir a un centro de conciliación, sólo así podrían obligarse, sino, pueden pasar este paso de la conciliación e ir directamente al proceso arbitral o, si han pactado, a la cámara de resolución de disputas, si mal no recuerdo.

Bueno, espero que haya sido de su agrado mi participación para ustedes.

Muchas gracias.

MESA REDONDA: LOS ÁRBITROS Y EL DEBER DE REVELACIÓN

*Roger Vidal Ramos**

*Jhoel Chipana Catalán***

*Guillermo Chang Hernández****

Jhoel Chipana Catalán: Buenas noches, quiero agradecer al profesor Roger Vidal por la invitación para compartir esta mesa con ustedes para hablar de un tema muy importante, no sólo en torno al contenido, sino a las consecuencias que puede generar. Nos vamos a referir al deber de revelación que tienen los árbitros.

* Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, magíster y candidato a doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cuenta con segunda especialización en derecho ambiental y recursos naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con estudios de postgrado en el Programa de Formación de Árbitros de la Universidad ESAN y del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. También es docente de la Universidad de San Martín de Porres y César Vallejo. Es presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil, fundador del Estudio Vidal Abogados y árbitro en controversias comerciales y contrataciones estatales.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ejerce la profesión en el Estudio Mario Castillo Freyre y sus áreas de especialización son el derecho civil y el arbitraje. Es profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres; asimismo, pertenece al Consejo Consultivo Athina, revista de derecho de los alumnos de la Universidad de Lima. Ha escrito y publicado cinco libros y diversos artículos en materia jurídica.

*** Docente de la Universidad Privada Alas Peruanas Ica, cuenta con postgrado en la Universidad de Castilla - La Mancha en Toledo, España. Es miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil, asimismo, fue representante peruano en la IX Convención Latinoamericana de Derecho en Curitiba, Brasil en el año 2011. Es también socio principal del Estudio Guillermo Chang Hernández Abogados.

He preparado un breve esquema para explicar cuándo es que un árbitro debe revelar determinadas circunstancias que podrían generar conflictos de intereses entre las partes y, consecuentemente, a futuro podrían traer consecuencias serias, incluso podrían traer, como consecuencia más grave, la anulación del laudo arbitral.

Quiero partir diferenciando la labor que tiene un juez y un árbitro. El juez tiene vocación de permanencia, mientras el árbitro no, es más, el árbitro es designado por las partes, de manera que su trabajo va a durar lo que dure el arbitraje y luego va a seguir realizando otras actividades. De hecho, la tarea del árbitro no es una tarea exclusiva, todos sabemos que los árbitros, aparte de ser árbitros son abogados en estudios, son profesores universitarios, tienen un ámbito en torno a sus relaciones bastante amplio, bastante mayor en comparación al de los jueces.

Esto es importante tenerlo en cuenta porque, a propósito de la casuística que se da en torno al deber de revelación, podemos estar ante casos interesantes que pueden lindar con lo gracioso; y voy a empezar con un caso bastante singular que, por cierto, ha originado la recusación de un árbitro por algo tan absurdo como lo que voy a exponer a continuación.

Ocurre que se instala el tribunal arbitral y a los dos meses de instalado, la esposa del abogado de una de las partes invita a la esposa de uno de los árbitros al matrimonio de su hermana. La esposa del árbitro le dice: «mira, nos ha llegado esta invitación de Marita y tenemos que ir a la boda de su hermana que se va a casar», el árbitro acepta y no tenía ni idea de que era la esposa del abogado de la parte del arbitraje que estaba él viendo. Van a la fiesta y el árbitro se pasa de copas, terminó la fiesta, la gente se fue a las 6:00 a.m. a su casa, el árbitro se fue a las 8:00 a.m., fue el último en salir, y el lunes le llega un correo electrónico comunicándole que lo habían recusado.

El árbitro se pregunta el porqué «mi deber de revelación lo he expuesto en detalle, no tengo ningún problema, no tengo ningún conflicto con ninguna de las partes»; y cuando le llega el escrito presentado por una de las partes, se había adjuntado como medio probatorio una foto del matrimonio en donde él aparecía, al parecer, absolutamente ebrio, muy abrazado con el abogado de la otra parte y él no se acuerda de la foto.

Entonces, eso creó en la otra parte duda justificada para poder cuestionar la imparcialidad e independencia del árbitro. Fíjense, cómo un detalle tan absurdo puede traer una consecuencia tan grave.

Entonces, debemos estar ante unas reglas para saber cuándo es que el árbitro debe revelar la información que debe revelar y me he permitido hacer una lista breve, pero muy importante, de algunas situaciones específicas. Debemos partir de la premisa de que se deben revelar hechos que generen situaciones de conflicto, ésa debe ser nuestra premisa, hechos que generen situaciones de conflicto, a partir de eso recién podemos pasar a los siguientes supuestos.

Estos hechos que generen situaciones de conflicto no solamente tienen que estar relacionados al propio árbitro directamente, sino también indirectamente y me explico. Imagínense que ustedes son árbitros y en vuestro estudio de abogados también trabajan otros abogados y alguno de esos abogados socios de ustedes tiene algún tipo de conflicto con alguna de las partes del arbitraje en el que tú eres árbitro. La pregunta surge ahí claramente y dices: «ése no es un problema mío, no tendría por qué revelar este hecho», pero para la otra parte en el arbitraje podría ser el germen de una situación que podría generar una duda justificada. ¿Por qué? Porque esa parte podría decir: «tu socio es muy amigo de mi contraparte en este arbitraje, yo sé que no eres tú, pero es tu socio, tú trabajas con él, lo ves a diario, se reparten el dinero a fin de mes juntos». Entonces, tienes que revelarlo, claramente tienes que hacerlo.

En la casuística, me he permitido traer algunos casos de referencia; es muy importante tenerlos en cuenta, porque la duda debe obligar a la revelación. Aquí no debemos aplicar la frase que dice «ante la duda, abstente». No, ante la duda, el árbitro tiene que revelar todas las situaciones que generen algún tipo de suspicacia en el conflicto de intereses que se podría generar.

El tercer punto importante es que debe existir un esfuerzo razonable y exhaustivo del árbitro para revelar esto, y acá vamos a hablar de los estándares que tienen todos los árbitros para revelar la información que tienen que revelar. Yo conozco dos casos muy concretos y muy cercanos. En el primero, este árbitro tiene toda una base de datos, incluso de las personas que han sido sus alumnos mientras él dictaba en la universidad y mientras sigue dictando, de tal manera que cuando le llega un arbitraje, lo primero que hace, entre otras cosas, es buscar en esta base de datos, decir: «¿éste ha sido mi alumno o no ha sido mi alumno?, ¿le he enseñado en algún lado a esa persona?», porque de esa manera se está blindando; entonces, naturalmente, el deber de revelación y el documento por el cual revela esa información es bastante extenso, diez, quince páginas, pero es completo, no existe la menor posibilidad de que alguien le pueda decir que no ha revelado algo.

Por otro lado, conozco casos de árbitros que son bastante ligeros y que, en realidad, tienen un deber de revelación que no pasa de una hoja, un párrafo que dice: «no tengo ningún conflicto de interés con ninguna de las partes, hasta donde tengo conocimiento», y con eso se quieren salvar.

Entonces, el estándar varía de acuerdo a las personas.

Para ir concluyendo, para ceder el uso de la palabra a mis colegas, quiero terminar mi primera intervención señalando que el deber de revelación no debe importar, de ninguna manera, un juicio de valor que el árbitro tenga que hacer sobre esa circunstancia, lo único que tiene

que hacer el árbitro es revelar estos hechos que podrían generar dudas entre las partes.

Con esto termino.

Roger Vidal Ramos: Bien, buenas noches. Para resaltar lo que nos acaba de comentar el doctor Chipana, es importante recordar la figura del árbitro que, junto con el convenio arbitral, van a ser las dos piedras angulares sobre las cuales va a reposar el sistema arbitral.

Sin embargo, es importante resaltar cuál es el momento pertinente para que el árbitro pueda revelar estas circunstancias en las cuales podría existir algún tipo de vínculo comercial, de amistad, parentesco, que podría influir, tal vez, o a criterio de una de las partes, una posible falta de independencia o imparcialidad. Es en el momento en que el árbitro acepta, cuando uno designa a un árbitro, este árbitro debe remitir una carta, como lo comentaba el doctor Chipana, y es el primer momento donde el árbitro tiene que revelar si ha estudiado con tal persona, si ha participado de otros procesos arbitrales.

Comparto la posición de Jhoel en el supuesto de que, ante la duda, es importante revelar todo, por más que pudiera parecer algo muy cargoso estar revelando ciertas circunstancias que para muchos, tal vez, vendría en llenar dos o tres hojas. Esto es muy importante dado que hoy en día, valgan verdades, las redes sociales, *Google* nos puede, fácilmente, detectar si existen vínculos o relaciones.

Les comento un caso bastante breve, porque quien les habla, al margen de ser árbitro, también patrocina ciertos procesos. Patrocinando a una entidad municipal detectamos en quince minutos, no mucho tiempo, que los tres árbitros habían sido funcionados de un gobierno regional, uno como asesor legal, otro como director de la Dirección de Trabajo y, el tercero, como asesor en la Dirección Regional de Minería. Entonces, fíjense que este vínculo que existía entre los tres, en ningún

momento fue declarado. Al margen de que espero que más adelante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado nos dé la razón, la conducta de estos exfuncionarios de no haber declarado en el plazo de cinco años, genera una causal válida y no tomó más de diez minutos ingresar a *Google* y buscar información.

Con lo cual, quisiera señalar, como lo vamos a ver más adelante, que es fundamental que el árbitro pueda revelar por cuanto es un deber que tiene todo árbitro y, segundo, que la no revelación en su momento, genera causales de recusación.

Tengamos en cuenta que nos encontramos frente a dos tipos de arbitraje, el arbitraje comercial y el arbitraje de contrataciones estatales. El segundo es mucho más formal, establece un plazo de cinco años para que los árbitros puedan revelar cualquier tipo de conducta.

Guillermo Chang Hernández: Muy buenas noches. Por mi parte, en relación al tema quiero abordar un tema quizás más general, la noción del arbitraje.

Como todos sabemos, el arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos en donde las partes eligen a quiénes van a resolver ese conflicto y, como tal, se basa en la confianza que tienen las partes en los árbitros designados y, entonces, los árbitros deben responder a esa confianza actuando con imparcialidad, actuando con neutralidad y, como tal, ahí nace, creo, también el deber de revelación ante existir un conflicto de intereses, al existir algún tipo de relación entre las partes o entre los árbitros, incluso.

El deber de revelación no sólo se aplica a los arbitrajes en contrataciones públicas, sino al arbitraje en general. En nuestro país el sistema arbitral en general, a partir del año 1996 con una ley muy acertada que generó la difusión y el incremento de los arbitrajes, producto de la ley y producto del buen comportamiento de los árbitros. Los árbitros en

nuestro país han tenido una costumbre, más allá de casos excepcionales que todos conocemos, como el caso de la red Orellana, en donde un mismo grupo de árbitros pululaban en todos los gobiernos regionales en donde tenía acceso esta red; pero, en general, los árbitros y el sistema arbitral en nuestro país y la ley, eficiente creo, del año 1996 y la contenida en el Decreto Legislativo n.º 1071, han permitido el arbitraje en base a la confianza.

El deber de revelación, más allá de disposiciones legales, creo yo, tiene un matiz de sinceramiento y de buena fe, por ejemplo, en este caso, ¿yo podría estar impedido de designar en un arbitraje en donde esté uno de mis clientes, un contratista, con una entidad, a mis colegas que están aquí a mi lado por el simple hecho de haber participado en esta mesa? Si, por lo menos, ya lo han dicho los colegas, tenemos esa duda, tenemos que revelarlo. Probablemente, no implique que los doctores al momento de yo designarlos como árbitros, van a parcializarse y favorecer o ser un abogado de parte como muchos creen, que el árbitro designado es abogado de parte dentro del tribunal, probablemente, van a actuar con imparcialidad y con neutralidad, pero el deber de revelación tiene que estar.

En esta primera intervención quiero también señalar que el deber de revelación no quiere decir que el árbitro renuncie al arbitraje, sino, simplemente, es el deber de confianza que tienen los árbitros de exponer ante las partes los posibles conflictos o las dudas de los conflictos, y serán las partes, finalmente, quienes decidan si aceptan a los árbitros o los recusan, en base a esta revelación de los conflictos que puedan existir.

Jhoel Chipana Catalán: Voy a hacer referencia a dos casos muy interesantes para que ustedes se puedan dar cuenta de cuán disímil puede ser la revelación unos casos supuestos originados precisamente por esta falta de revelación de los árbitros que han ocasionado recusaciones.

El primer caso es muy conocido y fue resuelto por el tribunal de apelaciones estadounidense, donde claramente señala y, fíjense lo que dice: «no hay prueba de que la circunstancia no revelada era conocida por el mismo árbitro y pudiera haber afectado su imparcialidad», es decir, la parte que había solicitado la nulidad del laudo había señalado que este árbitro era muy conocido de la contraparte, pero no pudo probarlo, todo el mundo sabía que se conocían, que tenían una relación incluso familiar, bastante cercana, pero no tenía un medio probatorio que sustentase ese pedido de nulidad y el tribunal dijo: «no existe una prueba para esto», de tal manera que desestimó el pedido de nulidad del laudo.

Pero, por otro lado, el caso Neoelectra, que es un caso resuelto por el Tribunal de Apelaciones de París, dice algo completamente distinto: «la falta de declaración implica por sí misma una irregularidad».

Fíjense la diferencia en la resolución de ambos casos, es muy interesante.

Ahora, existen naturalmente límites al deber de revelación y para mí los límites son, principalmente, dos. Primero, que no vas a revelar hechos notorios y públicos, no tiene ningún sentido que lo hagas, ése es el primer límite; y el segundo límite es no caer en lo que la doctrina inglesa menciona como el *over disclosure*, no trates de revelar cosas que por sí mismas son absurdas, como, por ejemplo, que has estudiado en el jardín con el abogado de la otra parte, no tiene ningún sentido. Entonces, no vayas a caer en eso.

Si caes en eso, vas a originar dos cosas muy claras. La primera es que vas a retrasar el proceso porque, naturalmente, las partes y los árbitros tienen que hacer un análisis de ese deber de revelación extenso, de noventa páginas que has entregado, que no tiene ningún sentido; y la segunda es que le puedes dar la oportunidad a alguna de las partes para que interpongan objeciones frívolas y retrasen de esa manera el arbitraje. No tiene ningún sentido, entonces, se tiene que ser cauto.

Ahora, en la doctrina, en la legislación internacional, existen claramente dos sistemas. El sistema peruano que obliga a los árbitros a revelar, no solamente antes del inicio del arbitraje, sino a lo largo de todo el arbitraje, cualquier circunstancia que pueda afectar tu independencia o imparcialidad, la norma peruana es clara en ese sentido; otro ejemplo es la norma belga del año 2013 y el Código Procesal francés modificado el año 2012 que, incluso, tiene un doble estándar subjetivo porque dice: «lo que el árbitro cree que debe revelar y lo que las partes consideran una causa de recusación», es decir, el árbitro no solamente tiene que ponerse en sus zapatos, sino también hacer un ejercicio mental de ponerse en los zapatos de las partes al momento de revelar, es un sistema mucho más completo.

Entonces, para terminar, la importancia del deber de revelación es tal que puede originar tres consecuencias que he sistematizado de manera bastante clara y son las siguientes, pasado el lapso que tienen las partes para cuestionar esa revelación, se entiende en la práctica arbitral, que las partes han renunciado a poder reclamar a futuro cualquier circunstancia que el árbitro haya, en su momento, revelado. Ésa es la primera circunstancia, tú revelas todos los hechos que crees que podrían originar una duda, ninguna de las partes reclama, impugna eso o comenta eso, pasa el plazo establecido por las partes o por el acta de instalación del tribunal y a futuro ya no van a poder cuestionar esos hechos que tú ya has revelado. De esa manera, el árbitro está salvándose, está salvando su trabajo y el del tribunal.

La segunda consecuencia es que un deber de revelación puede ser el origen de una recusación y la recusación es una garantía muy importante establecida en todas las normas arbitrales para poder sacar del tribunal arbitral a un árbitro que no es independiente, ni es imparcial. Entonces, un germen de la recusación radica en el deber o la falta de revelación que los árbitros en su momento no han cumplido con realizar.

Y, finalmente, y éste es el castigo más potente y más horrible, más temido por los árbitros, y es que si tú no revelas y esos hechos que no has revelado se conocen luego, el laudo arbitral que tú has emitido se podría caer, es decir, podrían solicitar la nulidad del laudo arbitral, en base al supuesto contenido en el artículo 63, inciso c), que se refiere a las actuaciones arbitrales que no se ajustan a la ley; la ley te exige independencia e imparcialidad, si tus actuaciones como árbitro no se ajustan a eso, claramente es una causal de nulidad del laudo.

Entonces, termino señalando que ante la duda, revelen. Y un doble consejo para los árbitros y para las partes. Para los árbitros, siempre revelen los hechos que podrían generar, no para ustedes, porque claramente existen árbitros que se creen «súper árbitros» y dicen «yo soy completamente imparcial, yo soy incorruptible», de tal manera el deber de revelación y el estándar de ese deber de revelación va a bajar, porque se cree imparcial e independiente, tienes que revelarlo; y, además, no te compres el pleito a futuro de tener un laudo anulado, porque no solamente vas a sufrir las consecuencias tú como árbitro, sino y más importante aún, las partes, porque las partes han confiado en ti y van a tener que iniciar nuevamente un proceso, dependiendo de las circunstancias del caso, y vas a tener que pasar nuevamente por todo el proceso arbitral, precisamente porque no has revelado.

Y, para las partes, para terminar, pueden solicitar una ampliación del deber de revelación de los árbitros. Si tú crees que tu árbitro tiene algo que decir y no ha dicho, solicita que haga una ampliación de su deber de revelación, tú tienes todo el derecho; de esa manera estás cuidando que el proceso arbitral en el que estás y por el que estás pagando, no vaya a tener vicios que a futuro lo vayan a invalidar.

Gracias.

Roger Vidal Ramos: Bien, en el supuesto de que un árbitro no cumple con este deber de revelación tan comentado en nuestra mesa,

¿cuál sería la consecuencia?, incurrir en una causal de recusación, la cual puede ser entendida como el recurso procesal arbitral por el que cualquiera de las partes va a rechazar al árbitro o a los árbitros por faltar al deber de independencia e imparcialidad.

Es importante tener en cuenta que la recusación tiene que ser efectuada en el primer momento que tengo conocimiento de esta causal, el cual, por lo menos en contrataciones estatales, requiere de una formalidad, un escrito, un recurso y tengo que ser bastante claro en poder detallar e identificar la causal o las causales y acreditar medios probatorios, porque si de pronto recuso por recusar y, en buena cuenta, ésta es una estrategia, no de todas las entidades estatales, pero si damos una lectura de la norma, nos dice que al recusar dos o tres miembros del tribunal arbitral, se suspende el proceso arbitral y si acudimos al OSCE y verificamos los plazos, me parece que entre ocho meses a un año, el OSCE está resolviendo una recusación, con lo cual una mala recusación o una recusación con mala fe, implicaría la tardanza de un proceso arbitral, sobre todo en estos momentos donde los gobiernos regionales o locales van culminando esta gestión.

Es muy importante indicar que las partes pueden recusar, pero es importante que a la vez tengan causales adecuadas, porque en un estudio del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado del año 2011, se determinó que la mayoría de recusaciones se caen porque no existen medios probatorios.

Otro tema que es importante y reiterando la posición que se tiene en esta mesa, es la ampliación del deber de revelación. En los últimos veinte años nuestro país; y, sobre todo, por llamarlo de alguna manera, el mercado arbitral, ha crecido enormemente. Hay árbitros bastante mayores, árbitros jóvenes, algunos participan de árbitros, de abogados, algunos emiten informes, dictámenes; y de alguna u otra forma casi todos son conocidos y eso implica que cada vez los árbitros en buena práctica sigan ampliando su deber de revelación, y con eso se va generando

una conducta arbitral proba, dado que los árbitros constantemente están revelando cualquier tipo de circunstancia.

Y repito, si nos encontramos frente al ejercicio de la defensa, sea de una entidad o de un contratista, no está demás verificar que nuestros árbitros sigan cumpliendo con este deber; hemos depositado nuestra confianza justamente porque consideramos que la persona es correcta, es idónea, es preparada y siempre es importante estar vigilando, porque aunque cada vez es menor esta práctica, hay algunos malos árbitros que no revelan ciertas circunstancias muy importantes.

Concluyo con precisar que la legislación arbitral da a la persona jurídica o natural la facultad de nombrar un árbitro y es una decisión en la que uno no puede equivocarse. Siempre comento esto en clases y en otros lugares, si tuviéramos esa oportunidad, de designar a un juez civil por un proceso civil, creo que designaríamos al juez que tenga el mejor récord de sentencias, al más preparado y es muy importante que depositemos la confianza en el árbitro y que el árbitro retribuya esta confianza revelando cualquier tipo de circunstancia que pueda surgir durante el proceso.

Gracias.

Guillermo Chang Hernández: Por mi parte, para complementar, casi no han dejado nada que decir; pero, quisiera conversar brevemente sobre qué es lo que debemos revelar.

Ya los colegas han hablado algo, hay que tener en cuenta que sobre este tema de qué es lo que se debe revelar, existen propuestas, por ejemplo, en el sistema arbitral en general, por la *International Bar Association*, que propone una serie de reglas y las identifica como reglas verdes, naranjas y rojas. Obviamente, cada una de ellas tiene sus consecuencias.

Por ejemplo, en nuestra Ley de Contrataciones del Estado no existen esas reglas claramente, solamente nos dice que el árbitro tiene que ser independiente e imparcial. Existe una directiva del año 2008, que trata de alguna forma de reglamentar la Ley de Contrataciones de ese entonces, el Decreto Legislativo n.º 1017 y establece algunos criterios. Por ejemplo, tiene cinco puntos, nos dice: «si un árbitro tiene algún interés presente o futuro, debe revelar. Si ha mantenido o mantiene alguna relación relevante de carácter personal o profesional, debe revelar. Si es o ha sido representante o abogado de una de las partes, tiene que revelar. Si ha mantenido un conflicto de intereses [...]», no solamente tengo interés de un amigo, sino también porque es mi enemigo, porque, obviamente, quiero que pierda los procesos, en este caso, el arbitraje.

Entonces, de esta forma, esta directiva trata de reglamentar qué es lo que debemos revelar.

Por último, hay que tener en cuenta y ésta es la línea débil o la relación débil que se establece en cuanto al deber de revelación. ¿Cómo elegimos nosotros a nuestro árbitro? Algo tenemos que conocer de él, obviamente, esa amistad o ese conocimiento debe revelarse por parte del árbitro. No todo árbitro que es designado por una parte tiene una amistad con quien lo designa, sino sencillamente lo pueden designar en base a su prestigio o en base a su experiencia. Ahí está la diferencia, si además del tema del prestigio o de la experiencia, tienes una amistad o alguna relación con quien te designó, hay un deber de revelar.

Concluyo con lo que decían mis antecesores, de que existe un criterio que deben tener los árbitros, ponerse en la conciencia del otro, ponerse a pensar como las partes. Si del análisis que hace el árbitro cree que la parte tiene alguna duda de su relación con una de ellas, simplemente hay que revelar, no hay que ocultar, porque como ya hemos dicho, tiene consecuencias. Ojo, no solamente tiene consecuencias administrativas, porque puede ser sancionado también a nivel administrativo, tiene consecuencias procesales, puede generarse una anulación del laudo; pero

también yo creo que es totalmente pasible de una responsabilidad civil, el árbitro que por no revelar puede traerse abajo un laudo y, como consecuencia de ello, tiempo, dinero, es pasible de responder civilmente por todo el daño generado a la parte perjudicada.

Muchas gracias.

BENEFICIOS Y DIFICULTADES DEL ARBITRAJE *AD-HOC VERSUS* EL ARBITRAJE ADMINISTRADO

*Katty Mendoza Murgado**

Muy buenas noches. Agradecer, en primer término, la invitación al Instituto Peruano de Derecho Civil.

Como lo han señalado, el tema que vengo a comentarles, que vengo a conversar con ustedes es respecto al arbitraje institucional *versus* el arbitraje *ad-hoc*. Pero, como es un tema bastante tocado, debatido y se ha discutido ya en varios foros, no vengo a plantearles las bondades o dificultades que ambos tipos de arbitraje han generado ya en la práctica arbitral. Entiendo que estando en un congreso ya con especialización en algunos temas, estas diferencias ya se conocen. Lo que quiero es plantearles, quizás, algunas interrogantes frente a cada uno de ellos, a efectos de concluir cuál de ellos puede ser mejor para el desarrollo y la solución de las controversias que deseamos someter a arbitraje.

Un poco el marco en el que estamos iniciando esta ponencia, es señalando cuáles son los medios de solución de controversias que tenemos durante la ejecución contractual y, de acuerdo a la nueva Ley de Contrataciones y su reglamento, básicamente, son tres. La conciliación, la cual en este caso ha sido debatida largamente ya por una mesa; y sí me parece interesante comentarles algo, mucho se comenta respecto a si

* Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Árbitro del OSCE y del Centro de Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú. Cuenta con amplia experiencia en resolución de controversias estatales y es directora de Arbitre Soluciones Arbitrales.

la conciliación es un mecanismo eficaz o no; sin embargo, les tengo que contar de mi experiencia como árbitro que en este año, al menos, he tenido hasta dos oportunidades en las que las partes, habiendo iniciado el arbitraje, han conciliado durante este proceso, han generado la conciliación, inclusive, posteriormente a la audiencia de ilustración, con lo cual, con esa conversación que a veces genera el arbitraje, se hubiese generado de manera previa, hubieran podido obviar los costos, a veces onerosos, que puede generar el arbitraje.

Claro, esa decisión de conciliar se demoró durante el arbitraje por las formalidades que la norma señala y que han sido conversadas, como es la emisión de esta resolución autoritativa que requiere el procurador público; sin embargo, si es que las partes hubiesen tomado esta opción de conversar previamente y no esperar el arbitraje, creo que hubiese sido muy conveniente, al menos económicamente.

El segundo mecanismo, que es del que vamos a conversar hoy, es el arbitraje; y, por último, el nuevo mecanismo que, si bien ya era practicado por algunas entidades, ahora ha sido incluido en la Ley de Contrataciones, que es la junta de resolución de disputas y sólo es aplicable para contratos de obra cuyo monto sea superior a veinte millones de soles. Eso es importante tener en cuenta también.

Hablando de nuestro tema ya en concreto, dentro de la clasificación del arbitraje, tenemos dos tipos; el arbitraje institucional y el arbitraje *ad-hoc*. Voy a tratar de ser muy objetiva en la exposición, porque como directora de una empresa que se dedica a asumir secretarías en temas *ad-hoc*, tengo mi corazoncito con cierta cercanía al arbitraje *ad-hoc*; sin embargo, lo que voy a tratar de plasmarles, esta vez, es un escenario netamente objetivo sobre cuál es la situación legal.

Sobre el arbitraje institucional, lo que dice hoy por hoy la Ley de Contrataciones, es que debe ser llevado en una institución arbitral debidamente acreditada por el OSCE. El OSCE ya emitió una directiva en

la cual ya establece las pautas para que los centros de arbitraje puedan ser acreditados frente al OSCE. Básicamente, son pautas de corte formal, por ejemplo, tener una cantidad de directorios mínima, unas cualidades o características de infraestructura e informática y cuatro años, si no me equivoco, de experiencia para que puedan conseguir esa acreditación frente al OSCE. Lo que dice también la Ley de Contrataciones, es que esa lista de centros de arbitraje debe estar debidamente publicada para que los funcionarios de las entidades públicas puedan saber qué tipo de centro de arbitraje pueden incluir en su convenio como mecanismo de solución de controversias.

El otro es el arbitraje *ad-hoc* que, como sabemos, se inicia con la solicitud de arbitraje notificada a la contraparte. Pero, qué es lo interesante de esto, con la emisión de esta nueva Ley de Contrataciones y su Reglamento, la tendencia ha sido de comentar que el Estado está buscando institucionalizar el arbitraje y lo importante es verificar si es que eso se desprende o no de la norma y lo cierto es que podría entenderse que sí.

Ustedes recordarán que con nuestro anterior reglamento, la tendencia siempre ha sido que ante cualquier patología que existiera en el convenio respecto al tipo de arbitraje que se podía tener, siempre la tendencia fue a interpretar que si había una omisión respecto al centro de arbitraje, o se había consignado un centro de arbitraje que a la fecha de inicio del arbitraje, ya no existía, se entendía que el arbitraje se convertía en un arbitraje *ad-hoc*. Y eso venía de la misma Ley de Arbitraje y fue acogido en la Ley de Contrataciones.

Hoy por hoy, se han hecho modificaciones o agregados en la norma, que pareciera que la tendencia fuese otra, que la tendencia fuese siempre a buscar un arbitraje administrado. ¿Por qué? Vamos leyendo poco a poco lo que dice el artículo 185 del Reglamento: «en el convenio arbitral las partes pueden encomendar la administración del arbitraje a una institución arbitral», lo que ya hemos leído hace un momento, que

debe ser debidamente acreditada por el OSCE. ¿Qué dice en el segundo párrafo el artículo 185? «En caso el convenio arbitral establezca que el arbitraje es institucional y no se haga referencia a una institución arbitral determinada o se refiera a una institución arbitral no acreditada, el proceso arbitral debe ser iniciado por la parte interesada en cualquier institución arbitral acreditada».

«El proceso arbitral debe ser iniciado por la parte interesada en cualquier institución arbitral acreditada», ¿qué quiere decir eso? Que si por casualidad se suscribe un contrato y en este contrato se incluye que un posible arbitraje va a ser regulado por una institución arbitral, que a la fecha —un contrato puede durar mucho tiempo señores, iniciado mi arbitraje o suscrito mi contrato pueden pasar dos o tres años o hasta más—, en ese lapso de tiempo que dura la ejecución del contrato con las controversias que durante esa etapa se puedan generar, puede ser perfectamente que el centro de arbitraje incluido mi convenio no exista.

Antes, si eso sucedía, se entendía que arbitraje era *ad-hoc*; ahora no, si eso sucede, la parte interesada en iniciar un arbitraje va a poder ir a la página web del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado para ver cuáles son las instituciones arbitrales acreditadas y acudir a cualquiera y, con eso, someterse a cualquier reglamento. Ustedes saben que si estoy frente a un arbitraje administrado, lo que estoy haciendo es indirectamente someterme al reglamento de ese centro, con lo cual las consecuencias de este tipo de disposiciones, sí son delicadas e importantes. ¿Por qué? Porque yo no solamente me someteré a ese reglamento, sino que someteré a mi contraparte a ese reglamento, porque así lo dispone la ley sobre arbitraje en materia de contrataciones. Siempre tengamos en cuenta que estamos hablando de arbitraje en materia de contrataciones.

¿Qué más dice la norma? «En caso la institución arbitral elegida pierda su acreditación con posterioridad a la suscripción del contrato y antes del inicio, el proceso arbitral debe ser iniciado nuevamente ante

cualquier institución arbitral acreditada». Nuevamente, la norma ha tratado de suplir otro vacío, con la finalidad de mantener que el hecho de que arbitraje sea administrado y evitar el arbitraje *ad-hoc*.

Y, finalmente, señala el tema de que «Si en el convenio arbitral incluido en el contrato no se precisa que el arbitraje es institucional, o no se designa una institución arbitral determinada o no se incorpora el convenio en el contrato», la controversia recién puede ser vista en arbitraje *ad-hoc*.

Entonces, ¿qué tenemos en relación a este último párrafo?, que un arbitraje *ad-hoc* solamente se puede dar en tres supuestos: cuando no se precisa que el arbitraje es institucional; o sea, el convenio en ningún extremo señala que es un arbitraje institucional; cuando no se designe una institución arbitral; o no se incluya el convenio arbitral. Eso ya viene de la norma anterior, porque ustedes recordarán que la tendencia siempre ha sido que así el contrato no establezca que el arbitraje es el mecanismo para solucionar la controversia, se va a entender siempre que éste es y va a tener que apegarse a lo que establezca la norma expresamente.

Ahora, ya sabemos lo que dice la norma; he tratado de plasmarles de alguna forma la tendencia y por qué ahora se comenta que la Ley de Contrataciones busca convertir el arbitraje en un arbitraje administrado y esto viene de su propio reglamento. Lo que quiero ahora compartirles, independientemente de ver cuál es mejor o peor tipo de arbitraje, es que tengan en cuenta que entre uno y otro sí hay diferencias importantes.

No es igual un arbitraje *ad-hoc* que un arbitraje administrado, las características principales ustedes ya las saben. En un arbitraje institucional tengo un reglamento, tengo un cuadro de aranceles y muchas veces se habla respecto a las bondades del arbitraje administrado, por la transparencia que brinda a las partes; sin embargo, y sin cuestionar esas bondades que tiene el arbitraje administrado, sí me he permitido y eso a raíz de la experiencia, porque la experiencia es la que te hace ya

no solamente leer las normas sino aplicar las normas a la realidad, y te das cuenta de que la situación no es tan fácil, no es tan fácil el decidir al suscribir el contrato uno o el otro y, si es que decides por uno o por el otro y estás decidiendo establecer un arbitraje administrado, lo más adecuado es que previamente tengas la diligencia de revisar el reglamento al cual te estás sometiendo.

Hoy por hoy las diferencias sí son importantes y relevantes. Hay tres puntos que me he permitido rescatar, no voy a establecer los reglamentos, pero son de uno de los dos centros de arbitraje más importantes, con lo cual la tarea que tienen ustedes, si es que algún interés tienen en el tema, no va a ser muy dificultoso, son artículos referidos a dos centros muy reconocidos en nuestro país a los que hago referencia, a efectos de generar las diferencias entre uno y otro tipo de arbitraje.

Por ejemplo, en el tema de medidas cautelares, ustedes saben que nuestra Ley de Arbitraje —porque la Ley de Contrataciones no establece ninguna pauta al respecto, por eso me estoy refiriendo directamente a la Ley de Arbitraje— señala que cualquiera de las partes puede solicitar una medida cautelar, pero señala que es desde un momento, desde que está constituido el tribunal arbitral. Ustedes también saben que esta constitución del tribunal arbitral se da en un momento clave, la aceptación del cargo del presidente o la aceptación al cargo de árbitro único, una vez que el presidente o el árbitro único comunica a las partes su aceptación al cargo, se entiende que el tribunal se encuentra debidamente constituido, y es a partir de este momento que en un arbitraje *ad-hoc*, cualquiera de las partes podrá acudir al tribunal y solicitar que se le otorgue una medida cautelar.

Algo distinto sucede en los arbitrajes administrados. Si ustedes revisan los reglamentos; y, en este caso, he citado a uno, pero los dos más importantes tienen la misma redacción, esta facultad que tienen las partes para solicitar medidas cautelares no se da con la constitución del tribunal, sino con la instalación del tribunal. La situación sí es complicada porque

una vez constituido el tribunal, al menos yo tengo a quién acudir, en cambio, si yo espero la instalación, ustedes tengan en cuenta que en el marco de la Ley de Contrataciones, la instalación no depende de las partes. En el marco de la Ley de Contrataciones, por ejemplo, en un arbitraje administrado, depende de la coordinación que tenga el centro con los árbitros y, en un arbitraje *ad-hoc*, depende del pedido que haga el interesado frente al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

En este caso en particular, estamos hablando de la situación que te genera estar en un arbitraje administrado en el cual tú vas a poder acudir recién por una medida cautelar, una vez instalado el tribunal.

Les voy a comentar un caso concreto, de ahí que ya entré a esta revisión. En un caso donde participé como árbitro, por lo que me voy a limitar en dar datos respecto a las partes, fuimos designados ambos árbitros e, inclusive, designamos al presidente, fue el presidente el que mereció el cuestionamiento de las partes. Una vez que designamos al presidente y el presidente comunicó a las partes su decisión, una de ellas pidió el apartamiento del mismo; y, a raíz de este pedido de apartamiento, el centro dijo que no se podía instalar el tribunal, así que como árbitros sólo esperábamos darle el trámite correspondiente a este pedido de apartamiento y comunicamos al árbitro el pedido para que se pronuncie.

En este término, una de las partes pidió una medida cautelar y la decisión fue no acceder a la medida cautelar, porque estábamos frente a un arbitraje administrado, en el cual nosotros aún no teníamos competencia para dictar una medida cautelar, porque no se encontraba instalado el tribunal, con lo cual el perjuicio, entiendo yo, a la parte recurrente por el pedido cautelar, sí era complicado, porque no sabía si acudir al Poder Judicial, ya estando constituido su tribunal o esperar a que su tribunal se instalara y sólo presentaba escritos requiriendo la instalación del tribunal para que se resolviera su medida cautelar.

Ahora, si ponemos esto en el marco de lo que dice la norma, el tema es más complicado aún. Ustedes saben que el artículo 47 del Decreto Legislativo n.º 1071 establece ciertos requisitos en cuanto a las medidas cautelares, en cuanto al hecho de pedir medidas cautelares ante el Poder Judicial, antes de constituido o instalado un tribunal arbitral. ¿Qué dice? «Ejecutada la medida cautelar, la parte beneficiada deberá: 1. Iniciar el arbitraje dentro de los 10 días siguientes; 2. Constituir el tribunal dentro de los 90 días de dictada la medida cautelar», lo que dice la norma es «constituir» y señala, «Si no se cumple con ello, caduca la medida cautelar de pleno derecho».

Pero, ¿qué dicen los reglamentos arbitrales? Iniciar el arbitraje dentro de los diez días, pero dice «instalar el tribunal dentro de los diez días siguientes» y la consecuencia es la misma, se entiende que caduca la medida cautelar, si es que no se cumple con ello.

En este caso que les comento, el tema era importante porque había una medida cautelar otorgada en el Poder Judicial, pero no había forma de que el tribunal ratifique esa medida cautelar, ni estableciera una distinta, porque no se había instalado; y lo que pedía la contraparte respecto a la medida cautelar, era que el tribunal declare caduca la misma, porque ya habían vencido los noventa días y el tribunal no se había instalado.

Ésta es una circunstancia que, como abogados, sí es importante que se advierta a las partes. Hay procesos muy simples y, como árbitro, la verdad, preferiría que me caigan esos a algunos en los cuales se puedan hasta presentar cuatro medidas cautelares, pero si es que sabemos que la circunstancia se puede dar, lo más importante, mínimamente, es que revisemos ante qué tipo de reglamento estamos.

Ahora, otro punto, les comenté que eran tres puntos de los que les quería hablar en relación a las diferencias entre un arbitraje administrado y un arbitraje *ad-hoc*. El segundo es el tema del plazo para laudar.

En un arbitraje *ad-hoc* el plazo para laudar lo disponen las partes en el convenio o el tribunal arbitral, en su defecto y normalmente, sabemos que esto se da en el acta de instalación; y, normalmente, cuenta con el consentimiento de las partes asistentes o cuando se notifica el acta correspondiente. Sin embargo, en los reglamentos sucede algo distinto y he revisado otro reglamento de otro centro reconocido y dice que el plazo para laudar va a ser de treinta días o ampliado por treinta días más, pero incluye algo más, señala que, si las partes convienen en un plazo menor en su convenio, el tribunal podrá sustituir ese plazo convenido por las partes por el plazo que establece su reglamento.

Es decir, ya no es que el acuerdo de las partes sea primordial, sino que le da la facultad al tribunal para sustituir el plazo consignado o establecido en el convenio por el plazo de su reglamento, con lo cual ahí, si es que las partes quisieran tener un arbitraje rápido con ciertas características, sí es importante que ese arbitraje rápido con ciertas características, vaya comparado con el reglamento al cual se están sometiendo, porque puede ser que durante el arbitraje esa idea cambie por acuerdo del tribunal arbitral.

Otro tema que ya lo vi en mi experiencia, no como árbitro, sino como abogada, es el tema de la anulación en caso se decida emitir laudos parciales. Ustedes saben que la Ley de Arbitraje da la facultad al tribunal para que emita laudos parciales; estos laudos parciales pueden ser cuantos sean necesarios durante el desarrollo del arbitraje. La norma no establece distinción alguna respecto al plazo para irse en anulación de estos laudos parciales, lo que señala, simplemente, es que será de veinte días de emitido el laudo o la resolución que resuelva algún recurso contra el laudo.

La Ley de Arbitraje no restringe, de ninguna manera, el derecho de acción que tienen las partes respecto a un laudo, ya sea definitivo o parcial; sin embargo, hay reglamentos; y, en este caso, sólo me refiero a uno, porque sólo en uno lo he podido advertir, que sí hace una dife-

rencia y dice lo siguiente: «El tribunal arbitral está facultado para emitir laudos parciales. Estos laudos podrán ser recurridos en anulación luego de haber sido emitido el laudo final y sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones o exclusiones».

¿Qué quiere decir esto? Que, si durante el proceso arbitral el tribunal decide, a pedido de parte o de oficio, emitir algún tipo de laudo parcial, tendrán que esperar para irse en anulación, recién la emisión del laudo final. Si bien es cierto estos laudos parciales normalmente son de índole declarativa, sí hay casos en los cuales estos laudos parciales han tenido algún tinte económico, con lo cual el tema es muy complicado.

A mí me contaron, no participé ni como abogada ni como árbitro en el proceso, que un colega se vio entrampado por haberse sometido a un reglamento con estas características, porque el laudo parcial emitido sí implicaba un pago al contratista y la entidad no tenía forma de impedir la ejecución del mismo. El contratista pidió la ejecución judicial del laudo parcial, la entidad se fue en anulación del laudo, la Sala Comercial dijo «improcedente, porque de acuerdo al reglamento al cual se ha sometido, tiene que esperar a la emisión del laudo final para recurrir en anulación», a pesar de que quería presentar su garantía de cumplimiento correspondiente para suspender los efectos del laudo.

¿Cuál es la situación en la cual se encontraba? No podía suspender los efectos, a pesar de querer presentar la garantía, porque la Sala Comercial le decía que no correspondía aún recurrir la anulación; y otra circunstancia era que estaba siendo ejecutado judicialmente. Cómo terminó la historia, no lo sé, porque me la contaron durante el transcurso de estas dos circunstancias, pero independientemente de ello, que son circunstancias reales a las cuales podríamos enfrentarnos, lo cierto es que el arbitraje administrado, a muchos de nosotros no nos queda duda de que tiene bondades, tiene transparencia, tiene reglas claras, tiene una tabla de aranceles según la cual sabes cuánto te va a costar el arbitraje; sin embargo, no es la panacea que muchos piensan, más aún si es que el

Estado pretende, de cierta manera, y de acuerdo a la redacción que tiene el reglamento hoy por hoy, inducir a las partes o pretender que todo sea abocado al arbitraje administrado.

Les he tratado de plantear algunas circunstancias que en mi práctica arbitral he podido advertir, a efectos de que ustedes, al momento de suscribir sus respectivos convenios, asesorar o participar como contratistas o partes del Estado, evalúen bien, previo a redactar sus convenios, a qué reglas se quieren someter.

Muchas gracias.

MESA REDONDA:
LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES
EN EL CONTRATO DE OBRA EN LA
LEY DE CONTRATACIONES

*Fernando Capuñay Chafloque**

*Peter Palomino Figueroa***

Peter Palomino Figueroa: Buenas noches. Ante todo, agradecer a la organización por la invitación y por estar presentes esta noche frente a ustedes.

Dado que el tiempo es bastante limitado, quisiera hablar específicamente sobre dos importantes innovaciones que ha traído la actual norma sobre el contrato de obra y el contrato de supervisión.

Por ejemplo, en mi actividad diaria como vocal del tribunal, suelo ver muchos casos en los cuales los contratistas son denunciados por

* Abogado con amplia experiencia en el ejercicio del derecho corporativo, administrativo y en contrataciones públicas y privadas. Es especialista en solución de controversias en diversas materias, ha participado en importantes y complejos procesos judiciales y arbitrales. Asimismo, es árbitro registrado en la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE desde el año 2006 y en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú desde el año 2013; también es árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y de la Cámara Americana de Comercio.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; cuenta con estudios culminados de la maestría en regulación de servicios públicos y gestión de infraestructura de la Universidad del Pacífico. Asimismo, cuenta con la especialidad en contrataciones públicas y arbitraje; y, además, es expositor de ambas materias. Es vocal del Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE.

información inexacta, por ejemplo, por emitir constancias de cargos como especialistas eléctricos, ingenieros eléctricos, ingenieros mecánicos, donde acreditan a determinado profesional como que realizó tal servicio para determinada obra.

Por denuncia, ya sea de tercero o por fiscalización realizada por la propia entidad, resulta que en esa obra no se pidió ese profesional específico. Por ejemplo, para la ejecución de un contrato de obra relacionado a un colegio, no se pidió como parte del plantel el cargo de especialista eléctrico. Cuando las partes vienen al tribunal y alegan que, a pesar de que en las bases no se pidió ese especialista, efectivamente, ellos lo contrataron para esa obra. ¿Por qué? Porque ellos trabajan con un comité y el comité contrata todos los especialistas que se requieren para la ejecución de la obra, independientemente de que esté en la base o no.

Ellos manifiestan que en las bases solamente está el personal mínimo que requiere la entidad, pero ellos para poder ejecutar la obra, necesitan otros especialistas y que ellos los contratan, ellos les pagan y esto no representa un gasto para la entidad.

Bueno, ante estos hechos, el tribunal tiene que decidir o analizar en el caso concreto si es una información inexacta o no. Solicita a la entidad que manifieste si ha tenido conocimiento de que este personal ha realizado tal función. Por lo general, las entidades manifiestan que como no está en las bases, no tiene cómo acreditarlo. Se solicita a las partes que acrediten con algunos medios probatorios, contratos, boletas de pago u otro medio; y, generalmente, las partes manifiestan que no, que no tienen ningún documento por la antigüedad, porque pueden haber pasado varios años y algunos manifiestan que, incluso, nunca le emitieron la boleta correspondiente a los profesionales.

Ante tales circunstancias, en la presente norma se ha especificado como obligación para los contratistas en los contratos de obra, que cuando el contratista considere que determinada obra o determinado

contrato de supervisión necesite la contratación de un profesional que no esté requerido en las bases, que no se haya solicitado por la entidad, pero que él considere necesario para poder ejecutar la obra o poder prestar el servicio de supervisión, tienen como obligación anotar su contratación en el cuaderno de obra y tiene que informar por escrito a la entidad; y, además, tiene que decirle a la entidad cuál va a ser la función de este profesional, cuál va a ser el alcance de su participación en la ejecución de este contrato. También la norma específica de que esta contratación no generará mayores costos ni gastos a la entidad.

De esta forma, ya no vamos a tener lo que teníamos con la anterior norma. Por ejemplo, si un contratista quiere emitir una conformidad a un profesional que trabajó en determinada obra o en determinado contrato de supervisión, podrá hacerlo; y cuando el tribunal le pida información a la entidad, la entidad tendrá la información correspondiente acerca de si este profesional trabajó o no en determinada obra y cuál fue su función, independientemente de si estuvo o no en las bases. Ésa es una obligación del contratista en los contratos de obra.

Otro punto importante que tiene que ver con los contratos de supervisión, que es una innovación en nuestra norma actual, es la referida a los sistemas de contratación. Ustedes saben que uno de los sistemas de contratación de la norma actual es el sistema de tarifa. Se ha establecido que el sistema de tarifa para los contratos de supervisión sea, por ejemplo, como no está determinado cuál va a ser el período de ejecución que se necesite para un contrato de supervisión, porque cuando uno ejecuta una obra no tiene el tiempo exacto que va a durar, tiene previsto un tiempo, pero no necesariamente es ése, porque hay ampliaciones de plazos, hay adicionales. Entonces, la norma ha previsto para los contratos de supervisión, que son contratos accesorios a los contratos de obra, que se contraten mediante el sistema de tarifa, es decir, que se pague un determinado monto de dinero, ya sea por hora, por día o por mes.

En ese sentido, por ejemplo, si en el contrato de obra surgieran ampliaciones de plazo por retrasos en la ejecución o por el ritmo de trabajo, los contratos de supervisión no generan ampliaciones, generan adicionales. ¿Por qué? Porque se dan por el sistema de tarifa. Es decir, por ejemplo, si yo contrato a un supervisor de obra por seis meses, si hay ampliaciones que no sean adicionales de los contratos de obra por un mes adicional, yo apruebo de manera directa la supervisión, pero no como ampliación, sino como adicional, porque van a agregarse horas, días o meses a la tarifa establecida en las bases.

En este caso, por ejemplo, el límite para el tema de adicionales por ampliaciones de plazo que no tengan que ver con adicionales es el 15%; en caso de que supere el 15%, deberá requerirse autorización de la Contraloría para el pago.

Otra innovación importante en el contrato de supervisión. Supongamos que el contrato de obra genera adicionales; y, por lo tanto, va a generar también mayor ampliación de plazo. En ese caso también genera adicionales al contrato de supervisión, pero estos adicionales sí no tienen límite.

Es decir, en el primer supuesto tenemos ampliaciones del contrato de obra, del plazo de los contratos de obra que no se generan por adicionales, sino, por ejemplo, por retrasos en la ejecución de la misma, sean imputables a la entidad o imputables al contratista o que no sean imputables a ninguna de las partes. En ese caso, lo que se va a generar son adicionales al contrato de supervisión, pero estos adicionales tienen límites, hasta el 15% la entidad puede autorizarlo de manera directa y hasta el 25% con autorización de la Contraloría.

Cuando hay ampliaciones de plazo de obras por adicionales del contrato de obra, en este caso también se van a aprobar adicionales del contrato de supervisión; pero, en este caso, no hay límite, no hay el límite del 15% ni del 25%; no hay límite porque se entiende que el

contrato de supervisión es un contrato accesorio al contrato de obra, que es necesario un supervisor que controle de manera directa durante toda la prestación del contrato de obra.

Me parece ésta una innovación bastante interesante, bastante pertinente en la actual norma, que va a solucionar muchos problemas porque, por ejemplo, en los contratos de supervisión ya no vamos a tener que seguir el procedimiento de ampliaciones de plazo que se seguía anteriormente; tampoco vamos a tener problemas con el tema de los cálculos para pagar las ampliaciones de plazo de los contratos de supervisión; el tema de costos directos, los gastos generales variables, etc., porque como es tarifa, si hay mayores horas, mayores días o mayores meses; ya está establecida la tarifa y no vamos a tener este problema de cálculo en los contratos de supervisión.

Ésos son los dos casos que quería conversarles sobre las innovaciones que ha traído la actual norma. Gracias.

Fernando Capuñay Chafloque: Muy buenas noches. Primero quería agradecer al Instituto Peruano de Derecho Civil por la gentil invitación y a ustedes por tomarse el tiempo de permanecer. Sé que estamos en altas horas de la noche, así que voy a tratar de ser muy breve.

En realidad, la nueva ley y el reglamento traen una serie de precisiones e innovaciones al contrato de obra, pero creo que, básicamente, basta con comparar los dos dispositivos legales para poder acceder a eso. Así que voy a hacer una mención muy somera de esas modificaciones, para detenerme luego en un aspecto que es muy importante conversar con ustedes para efectos de poder tener ideas más precisas acerca de cambios que creo que sí han sido relevantes.

Respecto al contrato de obra, se han hecho precisiones de algunos requisitos adicionales; por ejemplo, para el tema de la suscripción del contrato, como es que el contratista entregue el certificado de capacidad

para contratación, que haga entrega del cronograma valorizado del calendario valorizado también, del programa de compra de insumos que vaya a realizar, si es que resulta necesario. Se trata de cuestiones específicas que se han precisado en el nuevo reglamento.

Con respecto al inicio del plazo de la vigencia del contrato, también se han hecho algunas precisiones que están detalladas en el artículo 152 del reglamento, como son, básicamente, que la entidad haya procedido a designar; y, obviamente comunicar por escrito al contratista, al inspector y al supervisor que va a estar a cargo de la obra; que la entidad haya hecho entrega del terreno, porque se habían dado una serie de problemas, incluso, con respecto a lo que había conversado mi colega hace un momento respecto a las ampliaciones de plazo. También se ha previsto que el contratista provea el calendario de entrega de materiales en el caso que resulte aplicable para la entidad; que la entidad haya hecho entrega del expediente técnico completo en el caso de que haya habido alguna modificación o hubiese realizado algún tipo de complemento; y que, finalmente, la entidad haya cumplido con entregar el adelanto directo, en el caso de que el contratista lo haya solicitado.

Justamente, una de las modificaciones en cuanto al contrato de obra, también está referida al porcentaje de los montos de adelanto que puede solicitar el contratista; es decir, de un 30% que podía ser solicitado como adelanto directo, en la nueva Ley de Contrataciones, ha sido reducido a un 10%.

Ahora, quiero pasar a referirme al tema en particular. Como les decía, ésas son algunas de las tantas modificaciones que hay. Creo que estoy olvidando mencionar que la nueva ley ha incluido a las juntas de disputas para la resolución de controversias de manera prearbitral para el caso de los contratos de obra. Las juntas de disputas son paneles técnicos que acompañan, tanto al contratista como a la entidad, durante la ejecución del contrato: y, básicamente, sirven para evitar justamente entrar a una controversia en sede arbitral, sino que sea un panel técnico

de expertos el encargado de poder emitir una opinión técnica, calificada que, justamente, intente evitar que se vaya a un proceso arbitral. Toda la regulación, obviamente, está bastante detallada y establecida en el propio reglamento, incluso los principales centros de arbitraje ya han publicado algunos reglamentos, como el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, que ha hecho un reglamento que sigue como modelo el Reglamento de Juntas de Disputas de la ICC.

Creo que ésas han sido las principales innovaciones del contrato de obra. Ahora quiero detenerme en un tema en particular, como había mencionado hace algunos minutos. Tiene que ver, básicamente, con el espíritu de la norma en lo que se refiere al contrato de obra y en lo que se refiere a las deficiencias que puede tener un expediente técnico y las consecuencias de ello, si esto puede conllevar la aprobación de prestaciones adicionales o no.

Quiero partir, en este caso, de una incorporación que hace la nueva Ley de Contrataciones, al referirse a la obligación que existe ahora de mantener el equilibrio económico financiero del contrato. Creo que ése es un punto importante, es una piedra angular en base a la cual hay que tomar en cuenta la interpretación de algunas otras normas, porque hace muy poco se han emitido dos pronunciamientos importantes por parte de la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado con respecto a la posibilidad de solicitar prestaciones adicionales en los casos en los que exista discordancia entre los documentos que componen el expediente técnico.

Bueno, la conclusión a la que ha arribado el OSCE es que en el caso de que existieran discordancias entre los planos, especificaciones técnicas, memorias descriptivas y el presupuesto de la obra, este tipo de discordancia no puede o no faculta al contratista a solicitar ningún tipo de prestación adicional, porque según la interpretación que se hace de la ley y el reglamento, para que se pueda solicitar una prestación adicional por una deficiencia en el expediente técnico, no debería estar contem-

plado en ninguno de los documentos de carácter técnico que forman parte de este expediente.

Yo creo que hay que tomar esta aseveración y esta conclusión con pinzas; con mucho cuidado, porque en el contrato de obra como en todo contrato donde hay fondos públicos, no se trata de pasarle todos los riesgos al contratista; al privado. No hay que olvidar que estos contratos son contratos colaborativos entre la administración y el privado, y que debe primar también el principio de buena fe; creo que ninguna de las dos partes debe estar tentada a sacar provecho de la otra, porque eso conlleva, obviamente, a que haya una serie de ineficiencias que después van a elevar los costos de transacción al momento en el que se quiera seleccionar a un proveedor, a un contratista para la ejecución de una obra.

Dicho esto, quiero referirme justamente a estas dos opiniones que ha emitido el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Primero, porque la obligación de elaborar y presentar un expediente técnico adecuado no es del contratista; es, qué duda cabe, de la propia entidad; es la entidad la que está encargada de la elaboración del expediente técnico, salvo en los casos de concurso oferta o alguna otra modalidad particular de contratación. Es usual, además, que la propia entidad recurra a un consultor para que pueda elaborar el expediente técnico y esto, obviamente, genera una serie de tiempos para que la propia entidad pueda recibir el entregable de parte del consultor, pueda revisarlo, pueda verificar si hay algún tipo de error; y, obviamente, pedir las modificaciones que correspondan.

La que está en mejor posición para verificar si el expediente técnico es el adecuado o ha sido aprobado cumpliendo lo que manda la normativa aplicable, es la propia entidad; no es el privado ni el contratista que, si bien es cierto, tiene la posibilidad dentro del calendario de hacer las observaciones o las consultas a las bases, y eso lo faculta para poder pedir algún tipo de precisión en caso de que advierta algún tipo de discordancia en los documentos del expediente técnico. Lo cierto es que

hay una obligación de carácter legal para la entidad, que por principio de legalidad, obviamente, la entidad está obligada a cumplir.

Entonces, eso lleva a, como dije al inicio, tener mucho cuidado con el hecho de que exista una negativa tajante cuando el contratista haya advertido algún tipo de discordancia o error dentro de los documentos que conforman el expediente técnico. Creo que tocará a los árbitros realizar un adecuado test de razonabilidad y proporcionalidad para ver si realmente se va a mantener el equilibrio económico financiero del contrato, si es que existe esta discordancia.

Recuerden, además, que no resulta del todo razonable trasladar todo el riesgo de la revisión de los documentos técnicos al contratista, cuando todos sabemos que los plazos para hacer las consultas y las observaciones a las bases son bastante reducidos. Habíamos hablado de que la entidad tiene un promedio de seis a nueve meses cuando contrata al consultor para hacer la revisión del expediente técnico; sin embargo, el contratista tiene, como estamos diciendo, entre cinco y treinta días para poder revisar que estos documentos guarden correspondencia.

Esto nuevamente me lleva a señalar que, tanto la entidad como el contratista, deben actuar conforme al principio de buena fe. O sea, este tema de que no se pueden aprobar prestaciones adicionales porque en los planos se colocó un metrado a ejecutar y en el presupuesto no se realizó la debida valorización del mismo, no es una carta libre para que la entidad apruebe cualquier tipo de expediente técnico y no lo someta a la rigurosidad que corresponde. Finalmente, esto, lo que va a conllevar es que exista una serie de arbitrajes donde se intente reclamar por mantener el equilibrio económico financiero del contrato; y, finalmente, va a conllevar mayores costos de transacción para la propia ejecución del contrato, lo cual termina siendo contraproducente para la propia entidad.

O sea, a lo que quiero referirme es que el espíritu de las modificaciones, tanto en la Ley de Contrataciones como en el reglamento, de una buena parte para adelante, viene siendo realizar prohibiciones o simplemente cerrar algunas ventanas que se estaban abriendo. Con el tema de los problemas que hubo cuando ciertos árbitros comenzaron a conceder prestaciones adicionales o ampliaciones de plazo sin sustento alguno, el remedio ha sido, simplemente, comenzar a restringir la arbitralidad respecto a algunas cuestiones de esta naturaleza.

Ahora estamos cayendo nuevamente, para el tema de lo que corresponde a ampliaciones de plazo y prestaciones adicionales, en una regulación de esta naturaleza. Creo yo que debería tomarse con un poco más de cuidado esta situación; y, obviamente, tratar de mantener las cosas de una manera equilibrada y, como se dijo al inicio, tener en cuenta que para la ejecución del contrato es importante que se mantenga el equilibrio económico financiero y que ambas partes actúen de buena fe.

Muchas gracias.

DISPUTE BOARD
JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS
EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

*Rodrigo Freitas Caballinas**

Muchas gracias y buenas noches. Antes que nada quiero agradecer al Instituto Peruano de Derecho Civil por la cordial invitación.

Empecemos poniéndonos en contexto. En el último estudio realizado por la Asociación de Fomento para la Infraestructura Nacional y la Escuela de Gobierno de la Universidad del Pacífico, se ha señalado que la brecha de infraestructura en el año 2015 y el año 2016 asciende a 159 mil millones de dólares. Es decir, el Perú necesita construir obras de tamaño envergadura para que se tenga una vida digna, obras útiles, no obras interrumpidas, no obras paralizadas; obras útiles.

Les cuento una anécdota. En el año 2009 comienza la ejecución de una planta de tratamiento de agua. Esta planta de tratamiento de agua absorbe agua sucia y elimina agua limpia para el consumo humano. En el 2010 comienza su primer arbitraje, de acuerdo a la ejecución del contrato, se suman veinticinco arbitrajes y ninguno se acumula, es decir, tiene tribunales arbitrales distintos. ¿Por qué? Porque nos encontramos

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es miembro del área de arbitraje y derecho administrativo del Estudio Barrios & Fuentes Abogados. Se está desempeñando como asesor en la administración de contratos de construcción y solución de controversias. Es árbitro especializado en obras públicas y privadas y coautor del libro *Dispute Board: Mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción*. Actualmente, es miembro del *Dispute Resolution Board Foundation*.

en una etapa en donde ambas partes se encuentran en un conflicto. Seguidamente, cada parte resuelve el contrato en distintos tribunales arbitrales y ambos tribunales declaran ineficaces las resoluciones de contrato, es decir, el contrato sigue vigente, pero técnicamente inviable.

Nadie se pregunta ¿qué pasó con la obra?, ¿qué pasó con el fin público?, ¿con la población? La obra se dejó de lado porque las partes prefirieron sus intereses particulares y eso es contra lo que van a luchar los *dispute boards* o junta de resolución de disputas; van a velar, más que todo, por la obra, van a velar, más que todo, por el plazo; van a velar por la ejecución del cronograma y el cumplimiento de la recepción de la misma.

Es por ello que en la siguiente exposición vamos a enfocarnos en cuatro puntos. Primero, el contexto de los *dispute boards* o juntas de resolución de conflictos, cuáles son los tipos de juntas de resolución de disputas, cómo se activa un *dispute board* y cómo está regulado en la nueva Ley de Contrataciones.

¿Por qué surge una disputa? Pues, una disputa surge porque existe una mala asignación de riesgos, generando una incertidumbre entre los roles y responsabilidades de las partes. Ello genera que en la obra se encuentre conflictos por defecto o por demora. Asimismo, existen conflictos externos que las partes no pueden controlar; ello genera una mayor desconfianza y una falta de comunicación.

¿Cómo se controla una disputa? Es necesario un tratamiento adecuado de asignación de riesgos y el riesgo debe ser asumido por la parte que lo pueda manejar a menor costo posible. Nuestra recomendación: es necesario un mecanismo de solución de controversias que fije las reglas claras del juego, que controle y prevea cualquier factor interno o externo de la obra y sus variaciones; asimismo, que genere una rentabilización y una maximización en la obra, así como el plazo pactado.

En las necesidades del sector de la construcción surgen los *dispute boards* como una respuesta a la búsqueda incesante de un eficaz método de solución de controversias y es que el *dispute board* o junta de resolución de disputas surge en el momento en que se constituye y se suscribe el contrato de obra. En ese momento las partes tienen un alto grado de confianza, muy similar al inicio del matrimonio, donde todo es armonía, paz y todas las partes se aman. En ese momento las partes deben designar un panel técnico que va a acompañar toda la obra, desde la suscripción del contrato hasta la recepción de la obra, un acompañamiento ininterrumpido con disponibilidad inmediata para prevenir y resolver conflictos.

¿Qué es lo que se quiere con el *dispute board*? Se quiere que las propias partes administren su contrato, se quiere que las mismas partes utilicen este mecanismo como una herramienta de *management*. ¿Para qué? Para tener una certeza en el plazo, en el precio y en el alcance de la obra.

El *dispute board* hay que verlo como un juego, un juego donde las partes van a sopesar sus intereses para buscar el éxito del proyecto. ¿Cómo así? Van a poner reglas claras en las obligaciones de las partes, donde las partes simultáneamente van a participar de manera conjunta y que en este juego nadie pierda, sino todos ganen.

¿Por qué es recomendable el uso de los *dispute boards*? Primero, porque tienes un acercamiento, una familiarización total de la obra, tienes un acercamiento de primera mano respecto a los hechos, sabes cómo ha transcurrido la obra, qué ha pasado en la obra. Asimismo, los adjudicadores tienen la facilidad de prevenir los conflictos y resolverlos, de esta manera, también se van a desincentivar los reclamos infundados que se dan en el momento de la ejecución de la obra.

Al *dispute board* no le van a contar la película, el *dispute board* va a ver la película. ¿Por qué digo esto? Porque cuando tú estás en un arbitra-

je, tú le tienes que argumentar al árbitro, contar sobre hechos que han pasado hace un año o hace dos años, sustentarlo mediante medios probatorios que, muchas veces, no los recuerdan ni son fáciles de conseguir. Muchas veces en el arbitraje no gana quien tenga el derecho, sino quien mejor cuente el cuento y eso no pasa en el *dispute board*. En el *dispute board* tú no le puedes contar el cuento al adjudicador, el adjudicador va a estar ahí, en el momento en que surge la controversia el adjudicador va a estar ahí; tú lo puedes llamar, puede decir su opinión. Por eso, es muy difícil que en arbitraje se revierta una decisión que ha sido tomada en un *dispute board*.

Respecto a los costos del *dispute board* y por qué es útil. Ésta es una curva de influencia de costos y ahí pueden ver las etapas de ejecución de un proyecto. Si nosotros vemos un daño en la concepción del proyecto, el costo va a ser muy bajo; pero, si nosotros resolvemos un problema de la concepción del proyecto, justo donde dice «gastos de proyecto», el costo va a ser muy alto. Y, ¿cómo podemos prevenir esto?, pues resolviendo los problemas inmediatos de la obra; si yo resuelvo un problema de la obra de manera posterior, el costo va a ser muy alto. La única manera de mermar los costos es, justamente, con la prevención y eso lo hace el *dispute board*, porque los adjudicadores previenen los conflictos, no sólo los resuelven, los previenen mediante mecanismos de audiencias programadas, visitas a la obra, opiniones informales a las partes.

Por otro lado, podemos decir que el *dispute board* es un costo seguro, porque es un costo fijo que se plantea en el momento de la suscripción del contrato, es un costo como una prima de seguro que voy a pagar mensualmente y no va a subir como el arbitraje, que depende de la cuantía de la controversia. Además, se conoce con anterioridad y va a solucionar acontecimientos indeterminados a menor costo. Se dice que el *dispute board* es para obras de tamaño envergadura, es correcto, tenemos la *Yellow River* de 1,500 millones de dólares, pero también tenemos obras de menor cuantía, como en Honduras, la Carretera CA-5 de nueve millones de dólares. En ninguna de estas obras hubo con-

troversias; las dos fueron a *dispute board* y en la de Honduras, incluso, hubo adjudicadores peruanos.

Por otro lado, tenemos los tipos de *dispute boards*. Tenemos primero un *dispute board* que es *ad-hoc*, el cual se va a constituir cuando se presente una controversia en la obra. Es muy similar a lo que pasa con el arbitraje y está regulado aquí en el Perú, por lo cual no es necesario y para mí pierde todo su interés el *dispute board* porque no tiene esa etapa de prevención.

Asimismo, tenemos el *dispute board* institucional, el cual ha sido utilizado en la Ley de Contrataciones. ¿Por qué es útil este *dispute board*? Porque se constituye desde el momento de suscripción del contrato hasta la recepción de la obra. Éste sí va a tener dos etapas, la de prevención y la de resolución de controversias; esto sí es útil. Éste es el mecanismo idóneo y es el mecanismo recogido en la nueva Ley de Contrataciones, desde la suscripción del contrato hasta la recepción de la obra.

Por otro lado, tenemos los tipos de *dispute board* de acuerdo a la decisión de los adjudicadores. En primer lugar, tenemos el *dispute review board*, que son, básicamente, recomendaciones de los adjudicadores por las que las partes no están vinculadas. Asimismo, tenemos los *dispute adjudication board*, donde se tienen decisiones vinculantes, las partes deben hacerle caso al adjudicador y esto es lo que ha recogido la nueva Ley de Contrataciones; las decisiones son vinculantes. Finalmente, tenemos el *combined dispute board*, que es una creación de la ICC, que combina la recomendación con la obligatoriedad de las decisiones, dependiendo de la controversia y acuerdo entre las partes.

¿Cómo se activa un *dispute board*? El *dispute board* es un mecanismo netamente contractual, por lo cual hay que suscribir dos acuerdos o dos contratos. Tenemos el acuerdo de *dispute board*, que es netamente el acuerdo entre las partes en un contrato o adenda de obra, donde las partes señalan tajante y explícitamente que van a recurrir al *dispute*

board como mecanismo de resolución de controversias. Por otro lado, tenemos el acuerdo trilateral o tripartito, que es un contrato que firman los adjudicadores o el panel de expertos con las partes, donde están las reglas del juego, los honorarios de los adjudicadores, el tipo de adjudicación que van a hacer, cuándo se van a realizar las visitas programadas, todo ese tipo de obligaciones.

La antigua Ley de Contrataciones con el Estado buscaba realizar contrataciones de forma oportuna en mejores condiciones de precio y calidad; pero, en la nueva Ley de Contrataciones del Estado, como ustedes lo saben, el principio *rectos* es la gestión por resultados, y es por ello que, de acuerdo a este principio, si bien el arbitraje ha sido el foro de atracción para resolver las controversias y ha sido obligatorio, el legislador se dio cuenta de que el arbitraje no terminó de satisfacer plenamente las exigencias de tiempo y costo en la construcción. Por esto, introduce el *dispute board* en la contratación pública.

A diferencia del arbitraje, el *dispute board* nace en un contrato público en Estados Unidos en 1964, a diferencia del arbitraje que nace en el sector privado y el público lo recoge. Por otro lado, en el Perú sí ha habido *dispute boards* antes de la nueva Ley de Contrataciones. ¿Cómo? Mediante los contratos de cooperación. Los fondos internacionales invertían para ejecutar obras públicas y, como ustedes bien saben, con la antigua Ley de Contrataciones, quien invertía con fondos extranjeros ponía las reglas y utilizaba siempre los contratos modelo Fidic, que son los de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, y todos estos contratos contienen *dispute boards*. Es por ello que la Planta de Tratamiento de Agua Potable de Huachipa y Ramal Norte se construyó mediante un *dispute board* y no tuvo controversias, en comparación con la anécdota que les conté, que tuvo veinticinco arbitrajes.

El *dispute board* o junta de resolución de disputas está recogido en la nueva Ley de Contrataciones, la Ley n.º 30225; en su Reglamento, Decreto Supremo n.º 3050-2015 y la Directiva n.º 20-2016, en la que

se recogen las reglas. El *dispute board* no está en los actos preparatorios, no está en la selección de contratistas, sino netamente desde la suscripción del contrato y en la ejecución del contrato.

Por otro lado, el artículo 45 de la Ley de Contrataciones nos da dos conclusiones. La primera, es que el *dispute board* no es obligatorio; la segunda, es que el *dispute board* va a ir desde la suscripción del contrato hasta la recepción de la obra y lo que viene después de la recepción, va a ser visto en arbitraje. Esto es muy importante porque todo el día a día, los problemas que se van a llevar a cabo en la obra, netamente van a ser vistos en la ejecución de la obra, solamente los problemas que surjan una vez ya entregada la obra, se van a ver en arbitraje. ¿Problemas como cuáles? Problemas como liquidación de contrato, vicios ocultos, problemas donde netamente son intereses propios los que se van a discutir; pero lo bueno es que prima la obra y ésta ya se entregó.

Asimismo, está dirigido a contratos mayores a veinte millones de soles. Eso tiene sentido siguiendo la experiencia internacional. ¿Qué buscaba el legislador poniendo veinte millones de soles? Buscaba que quienes fueran los contratistas, fueran expertos; contratistas expertos con mucha experiencia, no contratistas que pudieran ir a una obra de un millón, medio millón, sino contratistas que realmente sepan, se interesen y puedan suscribir un contrato con junta de resolución de disputas. Lo que se quiere es que se genere un mercado propio, una oferta propia y que el mismo mecanismo gane su reputación y después adoptarla en todos los contratos. Para mí, el *dispute board* debe ser aplicable para todos los contratos, sin importar un límite de cuantía.

Asimismo, la ley señala que no se puede llevar ante el *dispute board* las pretensiones de adicionales ni pretensiones indemnizatorias. Para mí eso no tiene sentido; no existe un impedimento legal ni técnico para que la junta de resolución de disputas no lo pueda ver. Entendemos que se debe a un control por una experiencia de la Contraloría que viene

desde la antigua ley y que se ha llevado a la junta de resolución de disputas, no ver ni adicionales ni pretensiones de carácter indemnizatorio.

Esta parte es muy importante porque resume el posible futuro incierto que tiene la junta de resolución de disputas. ¿Qué dicen la ley y el reglamento? Que un miembro de un panel de junta puede ver entre veinte millones a cuarenta millones de soles y un tribunal verá de cuarenta millones de soles para adelante. Esto tiene mucha lógica, se repite en el exterior y está bien recogido.

Se dice también que el único adjudicador y el presidente del panel debe ser ingeniero o arquitecto. Creo yo que un abogado también puede cumplir esa responsabilidad, porque el abogado va a cumplir dos funciones principales, primero, el debido procedimiento al momento de resolver una controversia, para que no se afecten los derechos de las partes; y, segundo, la debida motivación de las decisiones de los adjudicadores para que no se afecte el derecho de defensa de las partes.

Por otro lado, lo que llama mucho la atención es la metodología de la designación de adjudicadores. ¿Qué dicen la ley y el reglamento?, que cada parte va a elegir un adjudicador y ambos adjudicadores van a elegir un presidente, es decir, lo mismo que hay en un arbitraje y eso es ilógico, va contra el carácter y la experiencia internacional; las partes no van a defender una posición, no van a defender sus intereses, van a velar por la obra; por lo tanto, debe haber una confianza absoluta en la elección de una junta de resolución de disputas, no por elegir a un adjudicador, voy a desconfiar del otro y así pasa muchas veces en el arbitraje, y por ese método de designación de árbitros, se ha llegado a muchos temas de corrupción. Eso es muy peligroso; y, por lo tanto, para mí, debe ser cambiado.

El reglamento también habla del contrato trilateral, de las decisiones vinculantes y de que los adjudicadores van a absolver consultas y van a tener visitas periódicas, es decir, el reglamento se ocupa de la etapa

de prevención, lo cual es muy importante para el cumplimiento de una junta de resolución de disputas.

Por otro lado, señala que las decisiones tienen una obligación esencial, lo que emite la junta de resolución de disputas es de cumplimiento esencial. ¿Por qué es tan importante esto? Porque el artículo 135 del reglamento señala que una parte puede resolver el contrato, siempre y cuando la otra incumpla una obligación esencial. Es decir, si una de las partes incumple una decisión del panel de expertos, la otra puede resolver el contrato y esto ¿qué va a generar?, genera un apoyo y una obligatoriedad al cumplimiento de las decisiones. ¿Es necesario? Sí, en el Perú, sí lo es.

Además, una vez emitida una decisión, las partes tienen siete días para emitir un desacuerdo. Un desacuerdo de la decisión, no necesariamente es ir a arbitraje, nos vamos a arbitraje después de la recepción de la obra. En caso que ninguna de las partes emita un desacuerdo, esa decisión es definitiva e inimpugnable, no la va a poder cambiar ni un tribunal arbitral, ni el Poder Judicial. Ésa es la importancia.

Después de la recepción de la obra, las partes tienen treinta días para llevar todos sus desacuerdos de la ejecución de la obra a un solo arbitraje y esto es importante, porque no interrumpe el procedimiento de liquidación del contrato. Es más, las controversias que se den en la liquidación del contrato también estarán en ese arbitraje, o sea, de toda la obra en teoría se tendría un arbitraje y no veinticinco como comentamos anteriormente y eso es, en verdad, muy importante.

Mis conclusiones y contribuciones. Es necesario capacitar a las entidades públicas. ¿Por qué? Porque este mecanismo no es obligatorio y las entidades públicas lo deben poner en su convocatoria, las entidades públicas deben entender que éste es un mecanismo real, eficaz y eficiente para resolver las controversias durante la ejecución de la obra. Es decir,

nosotros no podemos negociar un contrato, posiblemente después, pero se va a afectar el presupuesto.

Por otra parte, también hay que capacitar y cambiarles el chip a los organismos fiscalizadores, donde fiscalizan a los funcionarios públicos por llevar o no llevar una controversia hasta el último *ratio* de la solución. Yo muchas veces he hablado con funcionarios públicos y les digo: «tú sabes que la entidad es culpable» y me dicen: «sí, yo lo sé, pero lo tengo que llevar a arbitraje; si no, me va a caer la Contraloría y después lo voy a llevar a anulación de laudo porque me va a caer la Contraloría». Ahí estamos haciendo un mal uso de recursos públicos y de fondos públicos.

Por otro lado, son necesarios centros de capacitación de adjudicadores. Como ya lo señalaron, la Católica tiene un centro de formación de adjudicadores, pero no hay nada más rico que un mercado libre que pueda capacitar a estos adjudicadores. Esto es una realidad que se va a dar, señores, así que es necesario.

Muchas gracias por su atención.

Segundo día: 9 de noviembre de 2016

EL ARBITRAJE DE CONSUMO

*Gustavo Rodríguez García**

Buenas tardes. Primero que nada, quiero agradecer la gentil invitación al evento. Estoy muy honrado de poder compartir con ustedes algunas ideas; y, por supuesto, estoy muy agradecido por la presencia.

El día de hoy quiero compartir algunas reflexiones en torno al arbitraje de consumo, reflexiones, por cierto, un poco críticas; pero el sentido de estas reflexiones no es bajo ningún escenario destructivo, no pretendo traer abajo el arbitraje de consumo, ni mucho menos. Siendo absolutamente honesto, no creo que se necesite que alguien trate de traerlo abajo, creo que está bastante abajo.

En realidad, quiero plantear algunas ideas con propósitos de mejora, es decir, con la finalidad de poner algunos puntos sobre las íes y, de pronto, explorar qué se puede hacer para que el arbitraje de consumo, si es que acaso existe alguna decisión de apostar por esta vía, pueda ser perfeccionado y para que realmente pueda ser una alternativa viable para la protección de los intereses de los consumidores.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y magíster por la Universidad Austral de Argentina. La publicación británica de *Chambers and Partners* lo considera uno de los mejores abogados del Perú para el 2017 en las áreas de derecho de la competencia y propiedad intelectual. Actualmente, ejerce la práctica privada de la profesión y ocupa la presidencia de la Comisión Permanente de Ética 2 del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (Conarp).

Permítanme plantear algunas ideas de contexto preliminares. Como de pronto algunos de ustedes saben, la vía más usada para la salvaguarda de los derechos de los consumidores, hoy es la vía del procedimiento administrativo sancionador ante Indecopi. Si bien es cierto, uno tiene varias opciones frente a una posible afectación en el ámbito de una relación de consumo, de la exposición a una relación de consumo, por ejemplo, utilizar desde el libro de reclamaciones, hasta plantear un reclamo directo ante el servicio de atención al ciudadano en el propio Indecopi, la denuncia sigue siendo la vía preferida, porque a raíz de una serie de criterios jurisprudenciales, que no viene al caso traer a colación en esta oportunidad, la atribución de responsabilidad se ha tornado bastante rígida en el ámbito del sistema de protección al consumidor; y debo decir también con absoluta franqueza, que la propia mística de la autoridad de protección al consumidor, se ha vuelto particularmente policíaca en términos de persecución de los proveedores presuntamente infractores, es decir, emplazados en un procedimiento administrativo.

El arbitraje de consumo, entonces, ha sido presentado como una gran alternativa; presenta a los consumidores supuestamente una rápida, supuestamente una vía sencilla, supuestamente una vía que además mejora las probabilidades de obtención de algo. Por ejemplo, en la vía arbitral un consumidor podría obtener una indemnización, mientras que en Indecopi no se puede obtener una indemnización por daños y perjuicios, solamente una medida correctiva; esto tiene algunas características o peculiaridades que, de nuevo, escapan al propósito de esta conversación en esta tarde.

Otra característica y de la que quiero hablar en particular el día de hoy, es la mentada gratuidad del sistema arbitral de consumo que es, a mi juicio, el inicio del fin del sistema arbitral de consumo en el Perú.

El artículo 137 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, código que entró en vigencia en octubre del 2010, hace ya algunos años, declara que este novísimo sistema de arbitraje de consumo se ca-

racteriza por ser sencillo, gratuito, rápido y que resuelve con carácter vinculante los conflictos entre proveedores y consumidores. Por supuesto que la ley declare que algo es sencillo, gratuito y rápido, no asegura que, efectivamente, lo sea, con lo cual la pregunta con la que quiero empezar el día de hoy esta breve conversación, es: ¿realmente es así?, ¿el sistema arbitral de consumo realmente es gratuito, como el Código de Protección y Defensa del Consumidor lo declara?; o para decirlo en otros términos, ¿qué debemos entender por «gratuito»?

Desde una perspectiva estrictamente económica, no existe nada que sea gratuito, así que de entrada eso es absolutamente falso; el sistema arbitral de consumo no puede ser gratuito. Ahora, más allá de ese dato económico o microeconómico, si es que quieren, de que no es cierto que el sistema arbitral de consumo sea gratuito como el código lo declara, viene la siguiente pregunta, que es la más profunda, si me permiten el término, ¿por qué la supuesta gratuidad del sistema arbitral de consumo, tal y como ha sido declarada en el código, realmente, es un altísimo costo que pagar?; y es, precisamente, la primera reflexión que quiero plantear con ustedes el día de hoy.

Todo sistema arbitral para que funcione debe ser querido; el principio elemental del arbitraje es su voluntariedad, es decir, uno no puede verse obligado por una decisión que no ha aceptado por adelantado que va a respetar y que lo va a obligar, y en el arbitraje de consumo, el principio es exactamente el mismo, el principio de la voluntariedad; es decir, los proveedores tienen que adherirse al sistema arbitral de consumo; si un proveedor no se adhiere, evidentemente, a ese proveedor no se le podrá hacer oponible un laudo arbitral en el sistema arbitral de consumo.

Entonces, puesto en simple y en claro, para que el sistema arbitral de consumo camine, necesitamos hacer que los proveedores quieran adherirse al sistema arbitral de consumo. Si ningún proveedor se afilia, se asocia, se adhiere al sistema arbitral de consumo, tendremos un arbitraje de consumo establecido en el código, pero que nadie quiere, que

nadie usa; y, en consecuencia, será letra muerta. Entonces, veamos qué incentivos y qué señales genera esta supuesta gratuidad del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Primero que nada, la calidad del arbitraje depende, esencialmente, de la calidad de los árbitros y hay una, por lo menos, no voy a decir causalidad, pero por lo menos, correlación lógica entre lo que un árbitro puede percibir como contraprestación por sus servicios y la calidad de los árbitros. Digámoslo más sin tapujos, si el árbitro no puede cobrar mucho, es altamente probable que los árbitros más destacados o más prestigiosos no quieran prestar servicios a cambio de un sol.

Entonces, la pregunta sería: ¿nuestro sistema gratuito arbitral de consumo genera incentivos para que los mejores árbitros presten servicios en el sistema arbitral de consumo? Primer punto.

Segundo punto. Para que los proveedores quieran afiliarse al sistema arbitral de consumo, tiene que ser un arbitraje confiable. Es lógico que un arbitraje confiable dependerá, entre otras cosas, precisamente, de los árbitros que prestan servicios en el sistema arbitral de consumo. Para decirlo en otros términos, si tenemos o podemos esperar malos árbitros, los proveedores no tendrán señales claras de que ese arbitraje es confiable y, si el arbitraje representa un riesgo, porque sabe Dios qué árbitros estarán operando en el sistema arbitral de consumo, entonces, ¿por qué razón se afiliarían? No sé si se entiende esta segunda idea, es decir, ¿por qué declararían voluntariamente que decisiones emitidas por árbitros de dudosa calidad, permítanme este fraseo, van a ser oponibles al propio proveedor?

Entonces, tenemos dos temas. Por un lado, queremos fomentar arbitrajes de calidad, número uno. Para tener arbitrajes de calidad, necesitamos árbitros de calidad, número dos. Y para tener árbitros de calidad, necesitamos incentivar que los árbitros de calidad quieran prestar sus servicios en el arbitraje de consumo. Ahora, la pregunta sigue siendo

si el sistema arbitral de consumo fomenta que se consigan árbitros de calidad.

Bueno, resulta que la propia normativa establece que son las entidades públicas las que deben decidir si constituyen una junta arbitral en su circunscripción y, además, el propio Código de Protección y Defensa del Consumidor dice: «La implementación y ejecución del Sistema Nacional Integrado de Protección al Consumidor y el Sistema de Arbitraje de Consumo se sujeta al presupuesto institucional de las entidades involucradas sin demandar recursos adicionales». O sea, puesto en cristiano, la constitución del sistema arbitral de consumo se estructura con cargo a la partida presupuestal de una entidad y la partida presupuestal no puede ser incrementada por el hecho de que se ha decidido tener una junta arbitral de consumo, con lo cual, en primer lugar, la entidad pública decide tener una junta arbitral, pero eso sí, si la entidad decide tener una junta arbitral, no puede aumentar en un sol su presupuesto.

La pregunta para ustedes sería: ¿cuántas entidades creen que tienen incentivos para instalar una junta arbitral con cargo a su presupuesto y no incrementar ni un solo sol en su partida? No muchas, ¿verdad?; porque, además, hay un problema de restricción presupuestaria importante. La evaluación o el razonamiento sería, ¿por qué generaría un costo adicional que no se va a ver representado en el incremento de la partida? Entonces, yo realmente me estoy comiendo un costo adicional, así de simple.

Ok, si ninguna entidad tiene incentivos para instaurar una junta arbitral, ¿qué arbitraje de consumo va a existir? De hecho, no sé cuántos de ustedes están familiarizados con lo que está ocurriendo con el arbitraje de consumo en el Perú. Esto, la creación del sistema arbitral de consumo está, como ya les dije, desde el Código de Protección y Defensa del Consumidor, vigente desde el 1 de octubre de 2010. Estamos ya finalizando el 2016 y puedo decir, sin temor alguno, que el sistema arbitral de consumo no existe.

Es cierto que Indecopi está tratando de impulsar el sistema arbitral de consumo y, de hecho, tiene una junta arbitral constituida en su seno para tratar de fomentar, precisamente, este tema, pero es bastante elocuente que el propio Indecopi haya tenido que crear la junta arbitral de consumo y que ninguna entidad pública lo haya hecho. Entonces, no hay peor cosa que aquélla que, sencillamente, no despega y, en este caso, lo que está ocurriendo es que tenemos un sistema arbitral de consumo que ninguna entidad pública quiere.

Ahora, vamos más lejos con el argumento. Imagínense que se obliga a las entidades públicas a que instauren una junta arbitral y que exista arbitraje de consumo. ¿Qué tantos incentivos creen que esas entidades tengan para contratar a los árbitros más prestigiosos y previsiblemente más costosos, si es que el costo del arbitraje va a tener que ser asumido por la entidad? Entonces, la pregunta va de nuevo, ¿a qué nos referimos cuando el código señala que el arbitraje de consumo es gratuito?

Si es que el código está tratando de decir que el sistema arbitral de consumo es gratuito, porque al consumidor no le cuesta una tasa, un arancel, bueno, eso no evidencia que sea realmente gratuito. Es más, posiblemente, como lo vengo insinuando, la lírica gratuidad del sistema arbitral de consumo genera un costo altísimo, posiblemente, el más importante es que condena al absoluto fracaso al sistema arbitral de consumo.

De nuevo, si las entidades públicas tienen incentivos para ahorrar dinero, porque es su presupuesto y no pueden ampliarlo, contratarán árbitros que no sean muy caros, no necesariamente el factor calidad será el preponderante, sino el precio. Los árbitros son de peor calidad, el arbitraje será menos confiable, si el arbitraje es menos confiable, nadie se adherirá al sistema arbitral de consumo y si nadie se adhiere, entonces, no habrá sistema arbitral de consumo, con lo cual será un absoluto fracaso.

Si, además, tenemos árbitros no tan buenos y consideramos que la decisión respecto de la admisión de medios probatorios durante el sistema arbitral, depende, esencialmente, de la decisión que tomen esos árbitros. Es altamente probable que la decisión que tomen esos árbitros, los árbitros que prestan servicios en el sistema arbitral de consumo, tengan incentivos bastante perversos, por ejemplo, volverse, particularmente, economizadores respecto de la admisión de las pruebas, porque claro, si yo soy árbitro y tengo que admitir pruebas y la admisión de pruebas depende de mí, y la admisión de pruebas representa un costo; y, eventualmente, los peritajes y las actuaciones adicionales sí que tienen que ser asumidas por las partes y la entidad me está diciendo: «oye, no me gastes la plata, sal de este arbitraje lo antes posible», entonces, yo como entidad pública trataré de tener árbitros, no pro admisión de pruebas, sino anti admisión de pruebas, precisamente para que el costo no se eleve.

El tema no es menor, porque si yo tengo árbitros que no ven favorablemente la admisión de las pruebas en el sistema arbitral de consumo, precisamente, la decisión de no admitir mayores medios probatorios puede conspirar contra la calidad del laudo arbitral; y si tengo laudos arbitrales malos, entonces, tengo un pésimo sistema arbitral de consumo.

Entonces, la pregunta sigue siendo: ¿es que acaso este sistema arbitral de consumo gratuito del Código de Protección y Defensa del Consumidor es realmente gratuito o esta gratuidad representa un altísimo costo para los consumidores que se van a ver expuestos a la fantasía de un sistema arbitral de consumo que nunca va a fluir?

Creo que lo que está ocurriendo a lo largo de estos años, es que la declaración respecto de este sistema arbitral de consumo, se está encontrando con la cruda realidad de que es un sistema que no funciona porque, entre otros aspectos, establece cosas que son imposibles.

Pero, hasta ahí pareciera que mi crítica es bastante dura, pero debo aceptar que todavía estoy calentando motores, la cosa se pone peor. Éste ya es un cuestionamiento general respecto de la litigación en su conjunto, porque la creación del sistema arbitral de consumo responde a una mística, responde, en realidad, a la idea de que hay que facilitar el acceso a la justicia de consumo y acá hay un mito, el mito de que más acceso a la justicia es mejor para los ciudadanos, es decir, cuanto más acciones legales puedan tener los sujetos, entonces, mejor para los sujetos, porque mejor podrán reclamar sus derechos o podrán plantear sus pretensiones. Es una idea que parece lógica, pero es una idea errada.

Me gustaría tomarme unos minutos para, a propósito de esta conversación sobre el sistema arbitral de consumo, desterrar esta idea que, a mi juicio, no se sostiene.

Y, ¿por qué digo que no se sostiene? Bueno, lo digo por lo siguiente, realmente el acceso efectivo a la justicia depende directamente de la cantidad de recursos que tiene el justiciable, es decir, depende de la persona que quiere hacer valer una pretensión en juicio o, por ejemplo en este caso, en el arbitraje.

Entonces, veamos qué significa esto de lo gratuito, porque de nuevo, parte de la idea de hacer gratuito el sistema es, en teoría, hacer que sea más asequible a la gente. Es más, si yo reduzco aparentemente el costo de acceso a la justicia, yo podría declarar políticamente, líricamente, que reduzco el costo de acceso a la justicia porque me interesan, por ejemplo, los consumidores más pobres. Entonces, si yo tengo una denuncia con una tasa de treintiséis soles y la reemplazo por un arbitraje de consumo gratuito, yo podría declarar que me interesan los consumidores de menos rentas, porque ya no tendrán que pagar treintiséis soles, sino que accederán a un sistema gratuito.

Bueno, lo cierto es que los sistemas de acceso a la justicia, en particular los gratuitos, son los más caros y terminan siendo pagados, preci-

samente, por la gente más pobre. En términos económicos, estos sistemas de acceso a la justicia suelen tener efectos regresivos, le explotan en la cara a la gente más humilde.

Ahora, ¿por qué digo esta cosa que puede ser bastante llamativa? Bueno, hay varias razones, permítanme compartir con ustedes una, la más elemental. Es indiscutible que, para hacer valer una pretensión en un proceso, en un juicio, no tiene que ser arbitraje, en cualquier lado, necesito algunos insumos, el más elemental de ellos es la información. Si yo quiero hacer valer un derecho, por lo menos, debo saber que ese derecho existe y debo saber que existe esa vía para hacer valer ese derecho y debo saber algunas cosas más como, por ejemplo, para medir mi factibilidad de éxito, por ejemplo. Algo tengo que saber.

Si soy, permítanme la palabra, un completo ignorante respecto de mis derechos y de dónde hacerlos valer, entonces estaré a ciegas y no haré valer absolutamente nada.

Ahora, adquirir información respecto de los derechos y adquirir información respecto de las vías para hacer valer esos derechos y adquirir información para ponderar la posibilidad de éxito respecto de mi pretensión, implica un costo. Entonces, si la adquisición de información respecto de ello implica costos, es evidente que quienes tienen mayores posibilidades para acceder a la justicia, cualquier justicia, siempre serán los que tienen mayor renta. Las personas que tienen menos dinero, tienen menor posibilidad de costear el acceso a la información necesaria para hacer valer un derecho en juicio o en un proceso arbitral.

En consecuencia, más allá de que poéticamente se diga que se quiere que todo el Perú acceda a justicia, eso no se puede hacer en tanto existan restricciones presupuestarias diferenciadas. Existen personas que podrán acceder a la justicia porque pueden pagarla y habrán personas que no pueden acceder a ella porque no pueden costearla y, de nuevo, esto de la posibilidad de costear o no el acceso a la justicia no tiene nada

que ver con que una norma declare que ella es gratuita, porque ya sabemos, a estas alturas, que eso es falso.

Sigo con el argumento. Si la posibilidad de hacer valer una pretensión en juicio o en un arbitraje depende de la restricción presupuestaria, ¿quiénes creen que son los que más van a denunciar; o, por ejemplo, ¿quiénes creen que van a ser los que más pretensiones van a plantear en sede arbitral?, ¿los que más tienen o los que menos tienen? Los que más tienen, ¿verdad? Los que más tienen, tienen mayor posibilidad de costear el acceso a la información, ponderar las probabilidades de éxito y estimar si pueden tener un resultado adecuado en el proceso que sea; esto es, aplicable no solamente al tema arbitral, es aplicable a cualquier proceso en general o procedimiento.

Entonces, la pregunta es: yo reduzco el costo de acceso a la justicia, es más, lo bajo hasta la lírica gratuidad para que todo el mundo acceda. Ahora, que sea gratuito no significa que sea cero costo, gratuito es en la ley. ¿Quiénes podrán acceder, ya sabemos, los que más tienen, los que más tienen, entonces, plantean más pretensiones y éstos que más tienen y plantean pretensiones, podrán obtener resultados adecuados y esos eventuales resultados adecuados representan un costo para las empresas; por ejemplo, en términos de multas, o medidas correctivas, o costas y costos, o lo que fuere y esos costos se trasladan a los precios y los precios o los pagan los que menos tienen o, si realmente tienen muy poco, sencillamente, no pueden ni soñar acceder a un producto o servicio.

Es decir, el traslado de ese sobrecosto gatillado por los litigantes, se traduce en una exclusión sistemática en el mercado para los consumidores que menos tienen. Ése es un efecto regresivo, porque yo trato de fomentar acceso a la justicia para los consumidores más pobres y, haciéndolo, genero que los consumidores más pobres estén peor y eso es exactamente lo que hace un sistema de arbitraje de consumo gratuito y lo que hace cualquier sistema judicial de acceso a la justicia.

Alguno de ustedes podría levantar la mano y decirme: «profesor Rodríguez, pruébelo. Usted ha dicho una barbaridad», porque eso puede ser una afirmación teórica, sin ningún tipo de constatación empírica. Afortunadamente, en Perú tenemos una constatación empírica, así que permítanme compartir con ustedes las cifras, por si acaso, para que vean que las cifras no son sesgadas, las cifras son de Indecopi.

En el año 2000, Indecopi, a través de su área de estudios económicos, dio un informe —y les doy el nombre por si alguien quiere buscarlo—, se llama «Fortalecimiento del sistema de protección al consumidor, diagnóstico y propuesta». En ese informe se trató de determinar en porcentaje, qué sectores de la población acudían al Indecopi, en particular, al servicio de atención al ciudadano, a plantear un reclamo contra las empresas. Indecopi distribuyó a la población en cuatro segmentos, A, B, C y D. El segmento A, que sería el de personas con mayores ingresos, utilizaba el sistema en un 14%, esto tiene una explicación particular, déjenla de lado un ratito, si quieren después les cuento por qué; el segmento B, tenía un porcentaje de utilización del sistema de 40%; segmento C, 29%; y, finalmente, el segmento D, 17%; es decir, menos de la mitad del segmento B.

O sea, si ustedes miran B, C, D, el acceso a la justicia no sube, cae de 40% a 29% y de 29% a 17%; es decir, a medida que la gente se vuelve más pobre, menos usa el sistema de justicia; o, para decirlo en crudo, ¿ustedes creen que la persona más humilde de la zona más remota del Perú denuncia ante Indecopi la presunta infracción de las normas del código? O, sencillamente, no le queda más que cruzarse de brazos, de pronto ni es consciente de que han violado sus derechos.

El dato del segmento A revela otra cosa. Revela que es altamente probable que las personas del segmento más pudiente de la población utilicen mecanismos distintos para arreglar sus problemas que no sean la denuncia. Probablemente, levantan el teléfono, hablan con alguien y arreglan el tema; ésa es una opción; o, la otra, su tiempo vale tanto que,

sencillamente, no tiene sentido molestarse en litigar contra una empresa. De pronto hay hasta factores de reputación que incentivan a alguien a no plantear una pretensión contra un proveedor.

La cosa empieza en el segmento B. La data estadística soporta tal cual el argumento teórico de que, a medida que las rentas de los individuos caen, el acceso a la justicia decae también. Entonces, nosotros hacemos que el sistema arbitral de consumo sea gratuito, reducimos el aparente costo del acceso a la justicia y eso debería traer más litigación porque el costo es menor y si el costo es menor y atrae más litigación, evidentemente atraerá más litigación de quienes pueden litigar y quienes pueden litigar son quienes conocen sus derechos, que son los consumidores que más plata tienen. Ellos plantean pretensiones en el sistema arbitral de consumo; eso se traduce en costos a las empresas, las empresas trasladan esos costos a los precios y los consumidores pobres se quedaron sin productos.

Entonces, los consumidores pobres están fregados como consecuencia de un sistema arbitral de consumo regresivo que termina explotándoles en la cara. Entonces, no solamente el sistema arbitral de consumo no es gratuito, no solamente no va a funcionar porque está mal estructurado, sino que además es un sistema indolente. Parece fuerte, ¿verdad?

Entonces, yo he planteado varias preguntas que resumen el punto de esta conversación de ahora: ¿tienen incentivos las entidades públicas para constituir una junta arbitral con cargo a su presupuesto sin que puedan ampliarlo? No. ¿Tienen incentivos los buenos árbitros para prestar servicios en un sistema donde la recompensa es baja? No. ¿Tienen incentivos los árbitros elegidos para ser especialmente minuciosos en cuanto a los medios probatorios? Tampoco. Entonces, es altamente probable que el arbitraje de consumo en el Perú, sea un pésimo arbitraje y un pésimo arbitraje nadie lo quiere usar, con lo cual es altamente probable que ningún proveedor quiera afiliarse al sistema voluntariamente y, si ningún proveedor se afilia, entonces, ¿de qué sistema arbitral esta-

mos hablando?, porque el consumidor no puede agarrar del pescuezo al proveedor y llevarlo a un sistema arbitral que no aceptó voluntariamente.

Puesto en simple, si queremos que el sistema arbitral de consumo funcione, tenemos que hacer que sea atractivo tanto para proveedores como para consumidores. Eso es lo que no ocurre al día de hoy y no ocurre, entre otras cosas, porque el mito de la gratuidad está presente no solamente en el texto expreso de la ley, sino además en la mística fiscalizadora y policíaca con la que el Indecopi ha concebido un sistema arbitral de consumo que nació para morir.

Gracias.

**MESA REDONDA:
EL CONVENIO ARBITRAL Y
LA ANULACIÓN DEL LAUDO**

Henry Huanco Piscoche^{*}
Esteban Alva Navarro^{**}
Héctor Inga Aliaga^{***}

Esteban Alva Navarro: Buenas tardes. Antes que nada, quiero agradecer a los organizadores, a Roger, en especial, por la invitación para poder compartir con ustedes algunas ideas. Acá estamos poniéndonos de acuerdo sobre quién va a comenzar.

^{*} Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y máster en asesoría y consultoría inmobiliaria por la Universidad de Barcelona. Es árbitro *ad-hoc* e inscrito en el registro de árbitros del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Junta Arbitral de Consumo del Indecopi. Ha sido asociado internacional en los departamentos de *real estate* y arbitraje de *Baker & McKenzie* de Barcelona, España. Es fundador y presidente de la Asociación Peruana de Derecho Inmobiliario y profesor de contratos y arbitraje de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, la Universidad de Piura, USIL y Universidad del Pacífico.

^{**} Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con maestría concluida con mención en derecho civil y comercial por la misma casa de estudios. Es autor del libro *La anulación del laudo arbitral*.

^{***} Abogado por la Universidad de San Martín de Porres con estudios de máster en contratación pública por la Universidad de Castilla La Mancha, España. Tiene un diplomado internacional en arbitraje por la Universidad Alcalá de España, un curso de compras públicas sostenibles por la Red Interamericana de Compras Gubernamentales de la OEA y un curso internacional en contrataciones del Estado por la Universidad de Castilla La Mancha, España.

Voy a comenzar yo y el tema de la mesa es «Convenio arbitral y anulación de laudo». Pensando en esto, primero que nada tengo que decir que es difícil hablar acerca de esto en materias referidas a contrataciones estatales, porque justamente en este tipo de materias, contrataciones estatales, no hay convenio, por lo menos, no en el modo en el que debería existir y ahora vamos a hablar acerca de eso, porque el arbitraje es un arbitraje forzoso. Lo quieran o no, las dos partes involucradas en una contratación estatal, tanto la entidad y usualmente un contratista, usualmente también privado, siempre el arbitraje va a ser forzoso.

Yo recuerdo que hace algunos años estuve en la ciudad de Huaraz, que es donde nací, y también era un evento referido al arbitraje y tuve la oportunidad de conversar con el presidente de la Cámara de Comercio de Huaraz y yo le decía: «acá deben haber bastantes arbitrajes, porque hay bastante movimiento», en general; Ancash era en ese momento, por lo menos, el lugar en donde más se hacían contrataciones estatales, en función a la cuantía. Él me dijo «pasa algo curioso, no tenemos un solo arbitraje. Ni las entidades, ni los contratistas quieren venir al arbitraje, los dos se van al Poder Judicial y ya les hemos dicho que vengan a arbitraje, el arbitraje es forzoso y no quieren. Hemos mandado rogativas a los jueces para que no los dejen litigar en el Poder Judicial, pero no quieren».

Esto nos lleva a hablar acerca de qué implicancias tiene esto de los arbitrajes forzosos, arbitrajes como yo los entiendo, sin consentimiento, porque incluso, en el ámbito de forzoso, ya se ha hecho una subclasificación. Hace un momento escuchábamos decir, hablando del arbitraje de consumo, que nadie puede llevar al otro del cuello a un arbitraje.

Y el tema de los arbitrajes forzosos se puede analizar desde una doble perspectiva. La primera perspectiva puede ser desde la naturaleza misma del convenio arbitral o de la naturaleza misma del arbitraje. Yo no he podido y dudo que alguno de nosotros podamos, no es que sea imposible, pero tal vez casi imposible, yo no he podido encontrar un texto que justifique la naturaleza de los arbitrajes forzosos desde la

perspectiva de la naturaleza propia del arbitraje. El arbitraje es y, Dios mediante, será siempre, mientras esta tendencia no persista, el arbitraje es autonomía privada, es una de las manifestaciones de la autonomía privada, cualquier texto que analice teóricamente el arbitraje, sea de quien sea, va a tener que concluir en que el arbitraje es una de las manifestaciones de la autonomía privada, el arbitraje es libertad, entre otras cosas, la libertad de decirle al Estado: «renuncio a la justicia estatal», aquélla que prevé la organización del Estado como ahora lo conocemos, y recorro a un juez privado.

El arbitraje forzoso, si reflexionamos en eso, destruye la naturaleza del arbitraje. ¿Ustedes se imaginan una conciliación forzosa? Imagínense que mañana salga una ley que diga que en determinadas materias el juez va a poder citar a las partes a audiencia, en obligaciones o temas de ejecución, y les diga «éste es el parámetro en esta audiencia, yo he analizado el caso y éste es el parámetro en el que, posiblemente, se va a resolver la controversia, entre 30% y 60%. Elijan entre este parámetro y lleguen a un acuerdo ahorita»; les da diez minutos de acuerdo a ley, y si no llegan a un acuerdo, el juez establece cuál es el parámetro, la conciliación forzosa.

Eso es desde la perspectiva del arbitraje. Ahora, reflexionemos un poco desde la perspectiva del sujeto que es obligado a ir a arbitraje. Ustedes imagínense que mañana un sujeto Claudio, que vive de su trabajo dependiente y alquila algunas propiedades para subsistir. Sus arrendatarios ya tienen algún tiempo de mora y va a demandarlos para desalojarlos, ya está todo listo, conversó con su abogado, se levanta para ir a juicio; pero, es informado por su abogado que, a partir de ese día, todas las materias de desalojo se van a arbitraje forzoso. ¿Qué les parece?

Imagínense que esa ley, además, dice que todos los asuntos de división y partición de bienes se van también a arbitraje forzoso y, en general, todos los asuntos que son cuantificables y que no superan los 40,000 soles, también; ya no se van a la justicia estatal.

¿Qué creen que ocurriría?, ¿cuál es el límite de la imposición del arbitraje? ¿En realidad tenemos un derecho a ser juzgados por nuestros jueces estatales o ésta es sólo una opción del legislador? Hay países en donde se ha establecido el arbitraje forzoso, por ejemplo, para la liquidación de sociedades conyugales, Chile. Hay otros países donde se ha establecido el arbitraje forzoso para otras materias, incluso, países donde se impuso la obligación a las empresas prestadoras de servicios de incluir una cláusula arbitral en sus estatutos, para comunicaciones arbitraje forzoso. ¿Cuál es el límite?

En general, en nuestro país hay arbitraje forzoso no sólo en el asunto de contrataciones estatales, también el seguro complementario, el trabajo de riesgo prevé arbitraje forzoso; hay arbitraje forzoso para las controversias entre las sociedades agentes de bolsa y sus clientes; y, bueno, los arbitrajes sin consentimiento en asuntos laborales colectivos. ¿Cuál es el límite?

En general, cuando se ha sometido esto al conocimiento de los tribunales constitucionales, han dicho que no se puede. España, por ejemplo, ha dicho que eso atenta contra la tutela judicial; en Colombia se ha dicho que eso también atenta contra el acceso a la justicia; y acá en Perú, aunque no sea muy conocido, en su momento ha dicho que eso atenta contra el juicio natural.

Ya se me acabó el tiempo, eran diez minutos, seguro ya me pasé, pero podríamos seguir reflexionando sobre eso. En realidad, qué tan constitucional es obligar a una persona a ir a arbitraje y cuál es el límite. Todo cambia, puede que en algún momento alguien sostenga válidamente que el acceso a la justicia también es válido cuando te obligan a acceder al arbitraje, pero ¿cuál es el límite?, en el arbitraje no tengo doble instancia, no es gratuito, etcétera. Entonces, ¿cuál es el límite para eso?

Y lo más importante, a lo que quería llegar, para mí una de las preguntas es: ¿es posible cuando te imponen un arbitraje, renunciar?, qué tal si las dos partes que por ley estamos obligadas a ir a arbitraje, decimos «no queremos, queremos ir a la justicia estatal», como lo que pasaba en Huaraz. Para mí, por lo menos, es claro que la imposición de un arbitraje forzoso debe también contemplar la posibilidad de que las partes a las que se les obliga a someterse a un arbitraje puedan, por mutuo acuerdo, renunciar al arbitraje y volver a la justicia estatal, no veo bajo qué fundamento se les podría restringir eso.

Bueno, vamos a seguir escuchando.

Henry Huanco Piscoche: Buenas noches. También quisiera agradecer por la invitación al Instituto Peruano de Derecho Civil; y, especialmente, a Roger Vidal, quien nos ha permitido estar acá para expresar algunas reflexiones sobre el tema que nos convoca, que es el convenio arbitral y la anulación del laudo arbitral.

Específicamente, yo me voy a referir a la forma del convenio arbitral. La ley dice que el convenio arbitral tiene que ser por escrito; lo que quiero es reflexionar o cuestionar esta forma, ¿tiene que ser por escrito?, ¿es conveniente esto? Y, para eso, primero voy a hacer una introducción respecto a la importancia del convenio arbitral.

Si dos personas tienen alguna controversia, el órgano competente para resolverla es el Poder Judicial. Excepcionalmente, si las partes consideran que esa controversia tiene que ser resuelta no por el Poder Judicial, sino por un tribunal arbitral, éstas tendrán que pactar un convenio arbitral. Entonces, en los hechos, el pactar un convenio arbitral constituye una renuncia al fuero judicial, a la justicia impartida por el Poder Judicial, que es la regla, la excepción es ir a arbitraje, que es cuando las partes lo pagan.

Este arbitraje, este proceso arbitral va a ser iniciado, siempre y cuando haya un convenio arbitral. Entonces, ésta es la importancia del convenio arbitral; es en el fondo una renuncia a que el Poder Judicial decida una controversia y seguramente las partes van a optar por esta vía, por este medio alternativo de solución de controversias que es el arbitraje, por las bondades que tiene, es un proceso más rápido que el resuelto por el Poder Judicial, es resuelto por personas que tienen un conocimiento más especializado sobre la materia objeto de la controversia, va a ser un proceso confidencial, las partes van a tener cierta flexibilidad en cuanto a los plazos, el procedimiento en sí no va a ser muy rígido, como lo es en el caso del Poder Judicial, entre otros beneficios. Entonces, las partes una vez que consideran que esos beneficios les convienen, pactan un convenio arbitral y ésta es la puerta de ingreso al proceso arbitral.

Inicialmente, cuando el convenio arbitral estaba regulado en el Código Civil de 1984, la forma de su regulación no incentivaba el inicio de arbitrajes, porque estaba regulado bajo la forma de un compromiso arbitral y una cláusula compromisoria. Esto quería decir que las partes pactaban un compromiso de contratar, es decir, surgía una controversia y las partes se obligaban a firmar un contrato para ir al arbitraje. Como ustedes pueden advertir, cuando las partes ingresan a una controversia, es difícil que lleguen a un acuerdo para ir a arbitraje. En esa situación, a la parte demandada seguramente no le va a convenir ir a un arbitraje porque va a ser más corto; en consecuencia, no va a cumplir con firmar ese convenio arbitral; por el contrario, el demandante sí va a querer que su contraparte firme el convenio arbitral para irse a un arbitraje y puedan resolver su controversia de manera más rápida.

Entonces, en los hechos, el demandado no cumplía con su obligación de firmar el convenio arbitral y no iban a arbitraje. En realidad, bajo la regulación del Código Civil no existían arbitrajes por esta deficiente regulación; y esto era así no sólo en el Perú, sino en varios países que tenían legislaciones de esa época: España, Argentina, México, por ejemplo.

Esto fue cambiando con el tiempo y hoy, felizmente, la forma en que está regulado el convenio arbitral, es más eficiente. Hay un convenio arbitral, surge una controversia y automáticamente las partes tienen la obligación de ir a un arbitraje, no hay documento adicional que tengan que firmar para ir a un arbitraje.

Entonces, en cuanto a la naturaleza de este convenio arbitral, es un acuerdo que nace en virtud de la autonomía privada de las partes, ese poder que tenemos todos nosotros para autorregular nuestros intereses, nos permite justamente evitar ir al Poder Judicial para que nuestra controversia sea sometida a un arbitraje y, como en todo negocio jurídico, se van a aplicar las normas del negocio jurídico reguladas en el Código Civil y una de esas normas, es la forma.

Como ustedes saben, para que el negocio jurídico sea válido, tanto los presupuestos del negocio jurídico como sus elementos, tienen que cumplir ciertos requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Civil. Entonces, siempre y cuando se cumplan estos requisitos, se dirá que el negocio jurídico es válido; de lo contrario, podrá ser nulo o anulable, dependiendo del requisito que no ha cumplido.

Respecto al requisito de la forma, que es un requisito que se le exige al elemento manifestación de voluntad, si las partes tienen la intención de ir a un arbitraje, esa intención tiene que ser exteriorizada, tiene que plasmarse, tiene que ser expuesta, no puede quedarse en el fuero interno, tiene que ser manifestada.

Entonces, ¿cuál es la forma que debe revestir un convenio arbitral para que sea válido? Históricamente y desde el derecho romano, la forma era muy importante, se confundía casi con el acto mismo; si no se revestía una forma determinada, el acto era inválido, ésa era la regla anteriormente. Por ejemplo, si alguien quería adquirir una propiedad, solamente adquiriría ese derecho si es que iba hacia un monte alto y señalaba el bien que estaba adquiriendo; cuando lo señalaba, recién ad-

quiría el derecho de propiedad o cuando, por ejemplo, alguien quería adquirir posesión sobre un terreno, no la adquiría mediante un contrato de transferencia de posesión, sino cuando se revolcaba en el terreno y tiraba la arena y gritaba «posesión», solamente así adquiría el derecho de posesión.

Entonces, anteriormente los actos eran muy rituales, muy formales. Esto ha ido evolucionando; actualmente, estos ejemplos serían impensables en la realidad comercial. Estas formas han ido dejándose de lado, ya no se les da mucha importancia, salvo para determinados contratos; y, específicamente, para los convenios arbitrales, las dos instituciones más importantes sobre arbitraje internacional, me refiero al Convenio de Nueva York y a la Ley Modelo Uncitral, en sus textos originales, exigían que el convenio arbitral tenía que revestir una forma y decían, expresamente, tanto los parágrafos 1 y 2 del artículo 2 de la Convención de Nueva York y el artículo 7 de la Ley Modelo Uncitral, que el convenio arbitral, para que sea válido, tenía que ser celebrado por escrito y firmado. Con eso no daba lugar a dudas de que no podía celebrarse un convenio verbal o que la simple interpretación de la conducta contractual de las partes, implicaba una celebración de un convenio tácito. Era muy clara la norma y en ese momento todavía tenía mucha importancia la forma, porque si las partes no celebraban un convenio escrito y firmado, no había convenio arbitral.

Inclusive en España, en la legislación de 1953, también se consideraba una forma específica para la validez del convenio arbitral. Para ello no era suficiente celebrar un convenio por escrito ni firmado, sino que se exigía que sea por escritura pública.

Sin embargo, de acuerdo a la realidad comercial, en muchos casos se evidenciaba una intención de las partes de querer ir a un arbitraje, pero este acuerdo no estaba reflejado en un documento escrito ni firmado. Así, se daban casos, por ejemplo, en los que se intercambiaban correos electrónicos en los que las partes manifestaban su voluntad de

ir a un arbitraje, pero ¿acaso eso se podía calificar como un acuerdo escrito?, o intercambio de cartas o telegramas. Porque cuando hablamos de un documento escrito y firmado pensamos en el documento, en el contrato firmado por las partes.

Pero, ¿qué pasa si una de las partes envía una oferta para celebrar un contrato y esa oferta contiene un convenio arbitral?; el destinatario de la oferta recibe esta oferta que va adjunta a un contrato modelo para que sea firmado, pero no lo firma, lo guarda y comienza a ejecutar la prestación prevista en el mismo. Ahí ustedes podrán decir que hay un consentimiento tácito, porque si bien no ha firmado el contrato, empezó a ejecutar la prestación. Imagínense que hayan dicho: «quiero que pintes un cuadro» y le envía esa oferta mediante una carta y el contrato adjunto a la oferta tiene un convenio arbitral. La contraparte, el destinatario de la oferta, no firma el contrato, pero comienza a pintar el cuadro que le encargaron y lo entrega; y ya en la ejecución surge la controversia, la pregunta es, ¿eso tendrá que ir a arbitraje o al Poder Judicial? ¿Se cumplió la forma escrita en ese caso?

Otro ejemplo. Trata de una operación comercial muy sofisticada que actualmente la doctrina denomina contratos conexos o contratos coligados, una sola operación, una sola unidad económica, que involucra varios contratos y todos los contratos tienen convenio arbitral. Las partes envían los contratos, se firman, pero uno de ellos o no tiene convenio arbitral o no ha sido firmado por la contraparte y justamente surge una controversia sobre ese contrato. ¿Esa controversia deberá ser resuelta por un tribunal arbitral o por el Poder Judicial? ¿Hay un convenio escrito ahí?, ¿se cumple la formalidad?

Finalmente, otro ejemplo que también he visto en la práctica, cuando se celebran contratos con el Estado en los que se establece dentro de las bases el anexo que se va a llegar a firmar y ese contrato tiene un convenio arbitral. Se le adjudica la buena pro al postor ganador, pero no se llega a firmar ese documento, ese contrato que contiene el convenio

arbitral. Surge la controversia, pregunta ¿quién es el competente para conocerla en ese caso?

Entonces, estas situaciones de hecho se dan en la práctica y, a veces, al menos con la regulación anterior no tienen una respuesta clara y esto genera incertidumbre, porque uno no sabe si efectivamente va a ir a arbitraje o no. Es cuestionable, porque cómo si el contrato, imagínense que sea una compraventa que no requiere formalidad e involucra mucho dinero, pero para ir a arbitraje sí se requiere la forma.

Bueno, éstas son algunas de las reflexiones, preguntas, cuestionamientos que quisiera dejar ahí para poder responder en la segunda parte de mi intervención.

Gracias.

Héctor Inga Aliaga: Ante todo, quiero agradecer al Instituto Peruano de Derecho Civil. Buenas tardes también a todos los presentes.

Hemos escuchado dos ponencias muy interesantes, una sobre el tema del arbitraje obligatorio y también la forma del convenio arbitral, son dos temas interesantes, importantes. Pero, yo ahora quiero aterrizar a lo que es el arbitraje en contratación pública, dado que, como sabrán, el Perú es el único país que resuelve todas sus controversias en materia de contrataciones públicas a través de estos mecanismos, conciliación, arbitraje y ahora ha llegado uno nuevo, la junta de resolución de disputas.

Entonces, evidentemente, esto no nació ayer, no nació hace dos años, no nació hace tres años, esto nace hace ya dieciocho años, con la entrada en vigencia de la Ley n.º 26850, es decir, ya el arbitraje obligatorio tiene dieciocho años, ya ha cumplido la mayoría de edad y hasta ahora nadie se ha quejado de la inconstitucionalidad de esto, hasta el momento los arbitrajes siguen y es probable que continúen por mucho tiempo más. En el año 2013, si no me equivoco, la Contraloría emi-

tió un informe sobre cómo se estaban desarrollando los arbitrajes en el Perú y es curiosa la nota, porque este informe nos dice que, en la gran mayoría de los casos, los arbitrajes en contratación pública los pierde el Estado y la gran mayoría de ese grueso son los *ad-hoc*.

En esta norma de contrataciones del Estado, la Ley n.º 30225 y su reglamento, el legislador nos dice, en atención de repente a este informe, «vamos a moldear el convenio arbitral, vamos a tratar de que los arbitrajes sean institucionales», pero no solamente van a ser institucionales, sino que las instituciones arbitrales deben ser acreditadas por el OSCE. Es más, se crea una figura mucho más interesante aún, que cierra un poco el tema de las patologías que podía haber en las controversias en materia de contratación pública, porque nos dice ahora la norma que si las partes desean someterse a un arbitraje tienen que irse a una institución arbitral y si señalan una institución arbitral que no está acreditada por el OSCE, tendrían que irse a cualquier otra institución arbitral.

Con esto, la gente que se encuentra viendo arbitraje todos los días, señala: «el arbitraje *ad-hoc* ha muerto» y yo digo «un momento, el arbitraje *ad-hoc* no ha muerto, el arbitraje *ad-hoc* continúa vivo», porque la propia ley dice que si no se precisa que el arbitraje sea institucional, ese arbitraje será *ad-hoc*. Además, dice que si no se designa la institución arbitral, el arbitraje será *ad-hoc*. Lo último, si no se incorpora un convenio arbitral, ese arbitraje se resuelve bajo las cláusulas del *ad-hoc*.

Entonces, la pregunta es, y voy un poco a lo que decía Esteban, ¿dónde se encuentra la autonomía de la *voluntad* en los arbitrajes forzosos?, ¿qué podrían discutir las partes en ese momento? Porque a arbitraje de todas maneras van a ir si surge una controversia en materia de ejecución contractual, lo que de repente van a discutir, es si va a ser *ad-hoc* y si lo va a ser, dejarlo claro y expreso; si va a ser institucional, señala la institución acreditada por el OSCE, porque si no, cualquiera lo puede desarrollar.

Entonces, la autonomía de la voluntad se limita sí un poco, es cierto; pero, tienes la elección de los arbitrajes *ad-hoc* o institucional. ¿Puedes realizar otras modificaciones?, por supuesto, en el convenio arbitral tú puedes moldear tu proceso —en un *ad-hoc*— como mejor te parezca. Si queremos, el día de hoy nos sentamos en una audiencia de instalación y podemos decir en este acto que el arbitraje se va a resolver en tres días; hoy demando, mañana contesto y al tercer día se lauda. ¿Se puede hacer esto? En un arbitraje sí se puede establecer si las partes están de acuerdo, porque ellas van a moldear su proceso como mejor les parezca.

Entonces, son interesantes los nuevos cambios que vienen y que se están implementando con la entrada en vigencia de la Ley n.º 30225. Veremos qué es lo que va a suceder con esta delegación de facultades que ha solicitado el Poder Ejecutivo; pero, desde ya, en principio, lo que establece actualmente la Ley de Contrataciones, es que los arbitrajes en materia de contratación pública, como regla general, son institucionales y acreditados por el OSCE. Si quieres que sea *ad-hoc*, tienes que señalarlo expresamente, es decir, todo lo contrario a lo que dice la Ley de Arbitraje; según la Ley de Arbitraje, si tú no señalas si el arbitraje es institucional o no, es *ad-hoc*, acá es lo contrario.

En la segunda ronda hablaremos un poco de lo que es el arbitraje regional y el arbitraje subsidiario y, solamente para entrar a la segunda ronda, voy a dejar una pequeña idea. Con la nueva ley, el OSCE ya no puede administrar procesos arbitrales SNA, ya no puede llevar arbitrajes *ad-hoc*, como antes los llevaba; lo que va a hacer ahora es supervisar cómo las instituciones arbitrales de las provincias, de las regiones se manejan. Las cámaras, los colegios profesionales, tienen una enorme responsabilidad de poder capacitar a la población de cada ciudad para que puedan tener el conocimiento suficiente en materia de contrataciones del Estado, es una nueva visión, un nuevo reto que tiene la Ley de Contrataciones del Estado y esperemos que los resultados sean óptimos.

Muchas gracias.

Esteban Alva Navarro: Bien. El arbitraje en las contrataciones estatales es forzoso; eso, por lo menos, en el futuro cercano no va a cambiar. Todo cambia en nuestra sociedad, las instituciones cambian, es muy interesante. Hay un procesalista que es Jordi Nieva, que siempre en sus análisis de derecho procesal tiene ese enfoque y termina demostrando cómo lo que para nosotros ahora es lo mejor, en algún momento de la historia se descartó en el derecho procesal.

No pienso que esté mal el arbitraje forzoso, sí creo que no es arbitraje, por lo menos no lo que en esencia es el arbitraje, es una salida política, una salida legislativa, puede establecerse de ese modo. Para mí está claro que es «un arroz con pato sin pato»; no hay libertad cuando alguien te obliga a someterte al arbitraje; para mí está muy claro esto.

Ahora, esto tiene un factor a su favor y es un argumento muy fuerte, que es el de eficiencia; y, evidentemente, tal vez sea mejor que las contrataciones estatales sigan permaneciendo sometidas al arbitraje forzoso; a lo mejor sí. ¿Ha funcionado o no ha funcionado? Ése es otro debate. ¿Funcionaría mejor el Poder Judicial? Tal vez, la mayoría diría que no, pero la pregunta es, ¿nos tenemos que tragar la fruta con todo y cáscara o podemos pensar en qué características debe tener esta institución? Nadie ha cuestionado la constitucionalidad del arbitraje forzoso.

Pero, por ejemplo, en esta experiencia que yo les contaba de lo que pasaba en Huaraz, en donde todas las controversias en materia de contrataciones estatales iban por acuerdo entre la entidad y el contratista al Poder Judicial, hasta donde yo sé, por lo menos, hasta donde yo conozco, no hay una casación, algún pronunciamiento que haya anulado estos procesos judiciales. Parece que las dos partes estuvieron felices y contentas con lo que ocurrió.

La pregunta es, ¿bajo qué características? Y yo voy a lanzar una pregunta, ¿qué tal si las dos partes obligadas por ley al arbitraje renuncian

al arbitraje?, yo pienso que no hay una razón para impedir que vuelvan a la justicia estatal.

Henry Huanco Piscoche: Muy bien. Bueno, ya había dejado planteado el tema, si es que realmente de acuerdo a la realidad y a la práctica comercial, sobre todo del arbitraje internacional, es conveniente mantener regulado el convenio arbitral bajo la forma escrita.

Justamente, dado que la realidad siempre va por delante del derecho, muchas legislaciones han ido modificando sus artículos en cuanto a este aspecto. Así, por ejemplo, ha pasado con las normas de Francia, Bélgica, Suecia, Suiza y los Países Bajos, quienes han modificado y han extendido que el convenio no sólo debe ser por escrito. Otras legislaciones, como la de Inglaterra, por ejemplo, no han modificado su legislación, pero la interpretación que se da a esa norma que establece que el convenio arbitral tiene que ser por escrito, es más amplia, inclusive, se reconoce que un convenio arbitral puede darse oralmente.

Pero, veamos qué pasa en la legislación peruana. La norma que regula el arbitraje dice expresamente que el convenio arbitral debe constar por escrito, pero no establece ninguna sanción ante la inobservancia de esta forma y, como ustedes saben, en el artículo 144 del Código Civil se indica que cuando la ley establece una forma para determinado acto jurídico y no sanciona con nulidad su inobservancia, esa forma será solamente como un medio de prueba, no es una forma solemne, sino una forma *ad probationem*. Si interpretamos sistemáticamente esta norma con la norma que regula el arbitraje, en realidad, la forma escrita para celebrar un convenio arbitral, solamente es una norma *ad probationem*, pudiéndola celebrar de cualquier forma y eso no acarrearía la nulidad del convenio.

Esto también se demuestra con los párrafos siguientes de este artículo que regula el convenio arbitral, porque dicen, por ejemplo, «Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia

de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio», o sea, si es que la intención de las partes de querer ir a un arbitraje no consta por escrito, sino se desprende de su conducta contractual, se entenderá que hay un acuerdo escrito. Incluso, se dice que también pueden hacerse mediante correos electrónicos o por mensajes de texto. Es medio extraño que alguien pacte un convenio arbitral mediante mensajes de texto, pero la norma prevé expresamente ese supuesto.

Adicionalmente, se establece que: «Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra». Es decir, si una de las partes presenta la demanda en un proceso arbitral y la contraparte contesta, pero no objeta, no obstante que no hay un convenio arbitral escrito entre ellas, se entenderá que hay un acuerdo escrito.

Entonces, como ustedes pueden apreciar, el hecho de que el legislador peruano haya dicho que el convenio arbitral tiene que ser escrito, no es cierto, porque hay otros supuestos que claramente no califican como acuerdos escritos que se consideran como si lo fuesen. Esto evidencia claramente la intención del legislador de someter la mayor parte de controversias al arbitraje, para que no vayan al Poder Judicial sino al arbitraje, si es que de la voluntad de ellas, aun cuando no ha sido escrita, se desprende que quieren ir a un arbitraje.

Yo estoy de acuerdo en seguir esta línea porque esto, como les decía, deriva principalmente de la práctica del arbitraje internacional y la mayor parte de las legislaciones han ido por este camino. Sin embargo, me parece que debería regularse de manera clara y decir que el convenio arbitral no tiene que ser por escrito, sino es un acuerdo consensual, simplemente que se acredite ese acuerdo de manera indubitable; y no decir que es escrito, cuando la misma norma establece otros supuestos

en los cuales el acuerdo no es escrito, pero se entiende por escrito, lo cual es medio raro.

Entonces, yo creo que lo mejor es indicar que el convenio es un acuerdo consensual, en la medida en que se advierta en la voluntad de las partes la intención de ir a arbitraje de manera indubitable, ya sea de la interpretación contractual; pero, eso sí, de manera indubitable, porque como he dicho al inicio, el convenio arbitral significa la renuncia a ir al Poder Judicial, entonces, esta renuncia tiene que ser indubitable, no sería justo que una persona tenga que ir a arbitraje, sin que ella haya tenido tal intención.

Finalmente, quisiera culminar con una frase de Francisco González de Cossío, que es un autor muy reputado en materia arbitral, que justamente a propósito de estas modificaciones de la práctica del arbitraje internacional que se recogen luego en las legislaciones extranjeras, dijo: «En el derecho lo único constante es el cambio».

Muchas gracias.

Héctor Inga Aliaga: Como estaba diciendo en la anterior parte de esta exposición, estábamos hablando sobre el tema del arbitraje regional, de la preponderancia que se está dando en la nueva ley a las instituciones arbitrales que tienen que ser acreditadas por el OSCE, a través de una directiva que ya está publicada, pero que va a ser vigente paulatinamente.

Esteban había planteado qué pasa si las partes, a pesar de estar en un arbitraje obligatorio, deciden ir al Poder Judicial. En principio estarían infringiendo la ley, queriendo o no queriendo, el arbitraje es obligatorio y tendríamos que acudir al mismo.

Bueno, esta tendencia del arbitraje obligatorio, en realidad, es una posición de muchos especialistas; pero también hay otra tendencia que

señala que este tipo de arbitraje viene también de la contratación masiva, era una de las posiciones que se tenía en materia arbitral sobre el arbitraje en contrataciones y que la voluntad —decía esta posición— de la parte, en este caso es el proveedor, el futuro contratista, es de celebrar, el contratista sabe que cualquier controversia la vas a resolver mediante arbitraje de todas maneras, y si tú quieres celebrar un contrato con el Estado y sabes que cualquier controversia relacionada a esta ejecución contractual se va a llevar a arbitraje, tu voluntad está ahí, en querer o no querer contratar con el Estado.

Unos seguían esta posición, según la cual la autonomía de la voluntad se encuentra en esta decisión del proveedor, la gran mayoría habla de arbitraje obligatorio. Entonces, hay posiciones, en realidad, sobre esta situación de cómo es este arbitraje obligatorio en contratación pública.

Otra cosa también interesante. El artículo 63 de la Constitución establece que «El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley». Entonces, dice: «en la forma en que lo disponga la ley» y, en este caso, la ley especial, que es la Ley de Contrataciones del Estado, que dice que ante cualquier controversia en la materia, se debe ir a arbitraje.

Con eso cierro la idea.

Muchas gracias.

LA CAUSAL DE INCUMPLIMIENTO DE LA JERARQUÍA NORMATIVA

*Julio Martín Wong Abad**

Primero que nada, agradecer al Instituto Peruano de Derecho Civil por la invitación, realmente muy honrado. Igualmente, agradecerle al representante, al presidente de este instituto, al doctor Roger Vidal. Realmente, les agradezco efusivamente porque hace bastante tiempo que no tengo la posibilidad de conversar sobre estos temas que en verdad me apasionan. El arbitraje es un tema que casualmente llegó a mi práctica y que se ha convertido en ese *hobby* al cual siempre regresamos cada vez que tenemos tiempo.

No tengo la oportunidad, en este momento, de resolver cuestiones de arbitraje y eso es malo para mí, pero de alguna forma también es bueno, porque me permite opinar. Hace algunos días, en un congreso también de arbitraje organizado por el Ministerio de Justicia, me senté al lado de un gran amigo y magistrado de la justicia comercial, el doctor Miguel Ángel Rivera Gamba, y cuando se hizo una pregunta, yo contesté con total libertad y Miguel Ángel dijo: «no puedo contestar esa pregunta, es posible que ese caso esté en mi sala». Yo, felizmente, no tengo ese problema, así que puedo opinar y puedo criticar, cuando se debe también, a mis colegas.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y es juez superior de la Corte de Lima. Ha sido presidente de la Primera Sala Comercial durante los años 2005, 2006 y 2012. Actualmente, es presidente de la Octava Sala Contencioso-Administrativa Especializada en temas de Mercado. Es profesor de la Academia de la Magistratura y de la Universidad ESAN.

He traído a este congreso un tema interesante, un tema discutible y, la verdad, es que me sirve muchísimo lo que se ha conversado en el panel anterior. Realmente, qué interesante. Agradezco a los ponentes. Quisiera rescatar, sobre todo, las ideas que expresó el doctor Alva. Como ustedes saben, Esteban Alva es autor de tal vez el mejor libro sobre anulación de laudo que existe en el país que, dicho sea de paso, hay poquísimos. Excelente libro, se los recomiendo.

Lo que él dice es algo muy cierto. Es dudoso que el arbitraje en contratación pública sea arbitraje. Incluso, no sé si ustedes han escuchado a Cantuarias, que dice: «no lo llamen arbitraje, llámenlo cebiche, camote, papa, no es arbitraje». Yo sospecho que tienen razón. ¿En qué sentido? En que el arbitraje es un fenómeno complejo, es una hidra en muchos casos con muchísimas facetas, muchísimas cuestiones, y nosotros de repente tomamos partes y, a partir de esa parte que tomamos, comenzamos a extrapolar a otras realidades y eso, generalmente, no es lo adecuado.

Antes de entrar en este tema, yo asumo que conocen la norma, que conocen el problema. Creo que su interés en venir a un evento como éste me permite suponer que esa presunción es correcta. Quiero contarles esta diferencia en las concepciones de arbitraje, es algo que, de repente, no se toca mucho y que me parece que está en la base de lo que deberíamos conocer para poder discutir, de repente, con cierto horizonte más amplio estas cuestiones respecto al cumplimiento de la jerarquía normativa.

Me parece, si mal no recuerdo, que el Estatuto Americano de Arbitraje es del año 1925. Este estatuto que fue revolucionario en su época, estableció un solo régimen para todos Estados Unidos, un régimen que era muy parecido al régimen del Estado de Nueva York. Es decir, hizo que el convenio de arbitraje tuviese que ser cumplido en especies, como diríamos nosotros. Antes de este estatuto, en algunos estados de los Estados Unidos, yo me podía comprometer a arbitraje, pero si no quería ir

a arbitraje una vez que se producía el conflicto, no iba a arbitraje, tenía que ir al Poder Judicial. En el Estado de Nueva York, por el contrario, esto no sucedía, yo estaba obligado, así que firmaba mi convenio arbitral y el arbitraje era inevitable.

Por consiguiente, deben ustedes sospechar que esta posibilidad preocupó a mucha gente en el medio judicial americano, esos celos de repente entre jueces y árbitros. Y Nathan Isaacs, un par de años después de que se dictó este Estatuto Americano de Arbitraje, hablaba de que estaban entrando nuevas personas, gente que estaba practicando el arbitraje y que estaba, de alguna manera, cambiando la concepción original de lo que era el arbitraje.

Y, miren lo que decía: «En el arbitraje en este momento estoy detectando que hay una visión procesalista». Les estoy hablando de Isaacs, un judío americano de los primeros años del siglo pasado, que es más o menos el abuelo o el tatarabuelo de los contractualistas actuales; éste es, si quieren el pensamiento puro contractualista. Y, ¿qué decía? Que esa concepción procesalista no es compatible con la posición contractualista, que es la que quieren los hombres de negocios.

Miren qué interesante, decía que hay gente que piensa que el arbitraje es conseguir por un medio más flexible, más rápido, más especializado, lo mismo que en el Poder Judicial y, nos decía, que esa visión es una visión procesalista, es una visión extraña al modelo contractualista. ¿Por qué? Porque mis derechos sustantivos no cambian, ¿qué es lo único que sucede?, cambia el instrumento procesal a través del cual quiero hacerlos valer. Es una concepción procesalista, decía, legalista. ¿Cuál sería la concepción contractualista? La que conoce, la que es consciente de que cuando va al arbitraje no sólo elige un camino procesal distinto, sino que debe ser consciente de que sus propios derechos sustantivos están cambiando.

Miren las diferencias que establecía Isaacs. Creo que es lo que puede estar sucediendo ahora, hay dos concepciones detrás de la palabra «arbitraje», de una única palabra «arbitraje». Decía, ellos tienen un propósito común, sacar un litigio del Poder Judicial, pero la concepción procesalista quiere conseguir lo mismo que quiere conseguir el justiciable en el Poder Judicial; sin embargo, la otra, la contractualista, por el contrario, rechaza todo esto y busca su propio resultado, sin consideración de si el mismo sería alcanzado, eventualmente, por la corte o no, o tal vez más o menos deliberadamente evita el resultado de la corte, que una corte, obviamente, alcanzaría como inadecuado, técnica o éticamente, o en algún otro aspecto.

Éste es el arbitraje; arbitraje, digamos. El arbitraje que nos hace cambiar nuestros derechos sustantivos, y que le permite a los árbitros dar soluciones ajustadas al conflicto que tienen entre manos. Obviamente, esto causa que no todas —y de esto eran conscientes tanto Isaacs como otros contractualistas— las controversias deban llevarse a arbitraje. Hay controversias mucho más fáciles de trabajar en arbitraje y hay otro tipo de controversias que es más adecuado trabajarlas, ya sea en el Poder Judicial o ya sea, incluso, en un arbitraje, pero legalista o procesalista.

Cohen y Dayton nos dicen que el arbitraje no es el método apropiado para decidir cuestiones de derecho importantes, involucrando cuestiones constitucionales o políticas en la aplicación de las leyes. Es decir, en 1925, en un país con una tradición arbitral, ya en ese momento importante y que luego ha desarrollado tan interesante doctrina arbitral y práctica arbitral, se reconoce que hay dos conceptos de «arbitraje». Esa palabra «arbitraje», a veces, puede resultar engañosa, detrás de esa palabra hay dos concepciones distintas. Ojo, dicen tanto Cohen como Isaacs, las dos son interesantes, las dos son buenas, las dos pueden ser apropiadas, pero depende de los tipos de conflictos que llevemos a cada una de ellas.

Entonces, miren el poder que tendría un árbitro desde la visión contractualista, más aún, en el arbitraje americano, por ejemplo, no tenemos la diferencia entre arbitraje de equidad y arbitraje de derecho. El árbitro, de alguna manera, es un representante de ambas partes que les brinda un acuerdo, un contrato que compone los intereses que estaban en ese momento controvertidos.

Este ejemplo, seguramente, lo conocen de sus clases de negociación o conciliación, es la discusión sobre la propiedad de un cargamento de naranjas. Dos empresas están discutiendo sobre la propiedad de un cargamento de naranjas, de repente un vendedor ha cometido la audacia de venderle a ambos el cargamento y están en un problema. El árbitro, desde un punto de vista absolutamente contractualista, podría preguntarles: «¿para qué quieres las naranjas?»; la empresa «A» podría decirles: «yo las quiero para mi fábrica que fabrica jugo»; «y tú, empresario «B», ¿para qué quieres las naranjas?»; «yo las quiero para hacer conservas, utilizo las cáscaras para hacer conservas». Entonces, el árbitro dice «todo lo que sea jugo para la empresa “A” y todo lo que sea cáscara para la empresa “B”» y dicta su laudo.

Claro, ustedes me dirán que ese laudo es bastante difícil sustentarlo en derecho. No hay problema, porque no hay revisión del juicio de derecho, ése es el arbitraje perfecto. ¿Por qué pueden hacer las partes esto? Porque es una controversia total y absolutamente disponible. Si yo en este momento tiro mi reloj al piso, ustedes no tienen ningún problema con eso, con tal de que no haga daño a alguien, no hay ningún problema con eso. Si yo someto mi patrimonio a arbitraje, a la sociedad, en principio, no le debería importar absolutamente nada. ¿Por qué? Porque es mi patrimonio, son mis derechos disponibles.

Y ahí comienza el gran problema de aplicar, por ejemplo, una concepción contractualista al Estado. ¿Por qué? Porque el Estado, primero, no tiene autonomía privada. Si ustedes revisan cualquier libro de arbitraje, ¿qué les dice en sus primeras páginas?, que el fundamento del

arbitraje es la autonomía privada; es la libertad; el arbitraje es el reino de la libertad. Sin embargo, en ese reino de la libertad, en ese museo de la libertad, ¿quién entra?, un elefante, un rinoceronte o, como decía alguien, ese Leviatán que no tiene nada de disposición.

¿Cómo hemos sujetado a ese Leviatán? Le hemos dicho que no puede hacer más que lo que la ley le ordene que haga; no tiene autonomía privada. ¿Cómo podemos hablar de que el Estado tiene autonomía privada? No, el Estado representa al interés general.

Y seguimos, por ejemplo, como consecuencia de eso el Estado no se puede someter más que a arbitraje de derecho. Además, si ustedes van a la Ley que regula el Procedimiento Contencioso-Administrativo, ¿a quién reemplaza el árbitro de contratación pública?, al juez del contencioso. Por consiguiente, yo creo que, fácilmente, podemos advertir, ¿vamos a aplicarle el mismo razonamiento, las mismas estrategias, las mismas herramientas del arbitraje contractualista al arbitraje con el Estado? Pareciera que deberíamos tener cuidado, que tendríamos que ser muy cuidadosos para hacer este traslado de instituciones pensadas para la libertad a un escenario en el cual el principal actor no es alguien del cual podemos predicar que tiene autonomía privada. Entonces, ahí ya deberíamos tener un problema.

Ése es el drama del arbitraje desde una visión contractualista en el país. ¿Por qué? Porque todos los libros que hablan de la ventaja del arbitraje como libertad, se enfrentan al hecho de que el 90% u 80% de arbitrajes en el Perú, son arbitrajes de contratación pública, en los cuales no es el patrimonio de los particulares lo que se pone en juego, tampoco es el dinero del Estado lo que se pone en juego, o no es lo más importante que se pone en juego; lo que se pone en juego en un arbitraje con el Estado, es salud, es seguridad, es gente que puede morir porque esos arbitrajes se resuelvan mal.

Por eso es importante. Entonces, en ese caso, yo como sociedad no puedo decir: «Bueno, pues, es su problema. Si eligió a sus árbitros mal, si es un torpe que debió ir al Poder Judicial porque no sabía litigar, por consiguiente, eligió a su árbitro mal. Incluso, si su árbitro tiene una sospecha de corrupción, por qué lo eligió, finalmente, es su problema. Si no demuestra que hay una causal de recusación, es su problema. Yo no tengo por qué preocuparme en ese sentido». ¿Por qué? Porque está disponiendo de lo que es suyo. No sucede lo mismo con el arbitraje con el Estado.

Les voy a contar solamente un caso, es un caso que involucra a una empresa proveedora de antenas, éstas que bloquean celulares para el INPE. Ahí está el contrato, si quieren consultar el laudo pueden encontrarlo en la página del OSCE. ¿Qué dice este laudo? Nos cuenta la controversia entre esta empresa y el INPE. Entre las características técnicas de la antena estaba el requerimiento de que debía ser multidimensional. ¿Qué pasó? La empresa entregó una antena, sí; pero, unidireccional. Ésa es la primera clase de derecho de obligaciones; el pago no se cumple, así me des un bien de mayor valor, me tienes que dar el bien comprometido.

Sin embargo, ¿qué hicieron los árbitros? Dijeron: «por el lugar en donde está colocada, que sea multidireccional o unidireccional no tiene mayor relevancia»; y, a partir de la supuesta declaración de un especialista, que no tenía, obviamente, poder para comprometer a la entidad de ningún modo, aceptaron esa antena y declararon que el contrato no estaba bien resuelto y que, por consiguiente, había que pagarle todo al contratista.

Interesante. Si fuera un particular diríamos: «¡qué pena!». Como es el Estado, como es una entidad que tiene que ver con la seguridad, ¿a quién está afectando esa mala resolución? A todos nosotros. Por consiguiente, quien aplique a la contratación pública las mismas reglas que en el arbitraje privado, reino de la disponibilidad, me parece que se está equivocando.

Hay que medir de qué manera vamos construyendo las herramientas correspondientes para tener mayor preocupación en temas tan importantes como estos que afectan, finalmente, a todos.

¿Qué dice la causal? La causal dice: «Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley su reglamento, así como de 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». La antigua versión de este inciso decía que el incumplimiento de lo dispuesto en él era causal de anulación de laudo.

Como ustedes saben, deben ser poquísimos casos judiciales que hayan llegado con esta nueva versión de la causal al estrado judicial, que yo conozca, ninguno. Se ha presentado la duda de si el haber eliminado la parte de anulación de laudo hace que ya no sea una causal de nulidad. Quiero señalarles que al final la norma actual dice «Esta disposición es de orden público» y si en algo estamos todos de acuerdo es en que la actuación de los árbitros es actuación privada y, por consiguiente, la actuación privada no puede trasgredir jamás el orden público.

Una falta de nuestra ley, una falta, me parece, importante, es que no haya colocado expresamente la causal de orden público en las causales del 63. Dicen algunos comentaristas de la ley, de repente incluso gente que participó en la redacción, dicen que no lo hicieron porque de esta causal se podía valer gente que quería ponerle trabas o problemas al arbitraje.

La verdad es que el orden público es un concepto tan elemental de no trasgresión, que ponerlo o no, lo único que demuestra es que esa ilusión de que el orden público no funciona como límite de la potestad arbitral, es simplemente un error. Tanto es esto así, que si ustedes revisan, por ejemplo, jurisprudencia americana, la Corte Suprema americana ya se encontró con este problema. ¿Por qué? Porque el Estatuto Americano

tampoco menciona el orden público como causal de nulidad y ¿qué cosa ha dicho la corte?, que el Estado no puede prestarle auxilio para ejecución a un laudo que sea contrario al orden público.

La verdad, me han dicho que tengo dos minutos, pero voy a tener que pasar por malcriado porque necesito, al menos, cinco minutos para hacer una relación, simplemente, de los temas que quiero contarles.

Miren, hay mucha gente que ha protestado respecto a esta causal y dicen, por ejemplo, que sería, incluso, inconstitucional. Les menciono en Ley Colectiva de Trabajo ya hay un control material de los laudos, miren lo que dice el inciso b) del artículo 66: «será nulo un laudo laboral económico por establecer menores derechos a los contemplados por la ley a favor de los trabajadores»; es decir, ya antes de la ley, antes de este inciso, ya había un control de los laudos en materia laboral, que era un control, si quieren de fondo, de corrección material de la decisión arbitral.

¿Alguien se cortó las venas por este tema? No. ¿Por qué? Porque otra vez los intereses que están en juego en una materia laboral son, incluso, irrenunciables: por consiguiente, no le podemos dar el mismo tratamiento de materias que son simple y totalmente disponibles.

Otro antecedente ya no nacional, sino internacional, se los menciono únicamente, es la manifiesta inaplicación del derecho, una construcción jurisprudencial de *Wilco vs. Swan*, de 1953 de la Corte Suprema de Estados Unidos, que dice que si el error es de tal magnitud y el árbitro conoce una bien definida previsión legal y no la aplica, el laudo es nulo. Es verdad que la corte americana no ha vuelto a tratar, por lo menos, no directamente, la manifiesta inaplicación del derecho; pero si ustedes hacen el análisis, pasen a Internet, van a encontrar que las cortes del circuito están divididas, hay cortes del circuito que la aplica. Nueva York, por ejemplo, la aplica, una plaza fabulosa en arbitraje, y hay otras que no.

Quisiera mencionarles como otro antecedente internacional, que el Código Procesal Civil suizo tiene también legislación de arbitraje, pero para el arbitraje doméstico, y miren lo que establece como causal de nulidad. Es una causal de nulidad del laudo que éste sea arbitrario en sus resultados, por estar fundamentado en hallazgos que son, obviamente, contrarios a los hechos, tal como aparecen en el expediente o porque constituye una obvia violación del derecho o la equidad.

A mí me encanta ese tema de que nos cuentan un único cuento como si no hubiera Internet. Yo creo que ese tiempo, felizmente, ya pasó. El mundo es anchísimo; hay multitudes de regulaciones; y, por consiguiente, está abierta todavía la discusión. Ésta es una norma, es cierto, de arbitraje interno de Suiza que, ¿qué causa?, en el límite, cuando ya el tema es arbitrario, cuando el tema es ya irracional, incluso, para arbitraje privado doméstico, se dice que no se puede llegar a la irracionalidad; y, por tanto, se debe anular el laudo. De repente no se utiliza mucho en Suiza, pero será, pues, porque los árbitros son mejores que los que tenemos acá. No digo que no estén a la altura, de repente los tenemos mejores, pero vean los casos que suceden. Yo he tenido oportunidad de ver cuestiones dramáticas en contrataciones públicas y creo que todos tenemos alguna noticia de un laudo de éstos que merece no ser anulado una vez, sino más veces.

Termino con un resumen de lo que podría servirnos a fin de orientarnos para aplicar la causal. Solamente quisiera mencionarles un defecto, que en mi opinión, tiene esta causal de jerarquía normativa. La inaplicación para poder ser causal de nulidad tiene que realizarse sobre una norma que se encuentre en un escalón distinto en la pirámide, si la norma manifiestamente inaplicada está en el mismo nivel, el laudo no podrá ser anulado. ¿Por qué? Porque la causal es una causal de jerarquía, debiste aplicar ésta y aplicaste una norma de inferior jerarquía, pero si debí aplicar el 65 de la ley, por decir un artículo, y apliqué el 67, no hay nulidad porque no he roto la jerarquía normativa.

Los juzgados comerciales, hasta el momento, solamente han anulado una vez por este tema.

Finalmente, en este caso, un caso también en el cual se declara infundado el recurso de anulación, la segunda sala hace unas precisiones que parecen importantes. Dice: «éste es un tema de derecho; por consiguiente, yo trabajo sobre si has aplicado bien o mal el derecho a partir de los hechos que han tenido como probados los árbitros». Además, una cosa interesantísima, dice: «no cualquier aplicación del Código Civil causa que invoques válidamente la causal de jerarquía normativa». ¿Por qué? Porque se puede utilizar el Código Civil sin ningún problema, si es que hay un vacío en la ley misma.

Muchísimas gracias y lamento haberme demorado.

EL ARBITRAJE EN OBRA PÚBLICA

*Renzo Seminario Córdova**

Buenas noches con todos. En primer lugar, agradecer al doctor Roger Vidal por la invitación y al Instituto Peruano de Derecho Civil también por la invitación; y, sobre todo, por el honor de compartir mesa y exposición con vocales y con abogados que tienen muchísima más trayectoria que yo en arbitraje; la verdad me siento honrado.

Me pidieron que expusiera y comentara un poco sobre arbitraje en obra pública. De alguna forma, en la primera mesa en la que estuvieron tres abogados y ahora con la exposición del doctor Wong se abordaron distintos temas y todos, en alguna medida, tenían que ver algo con arbitraje del Estado. Con arbitraje del Estado me refiero, en general, a arbitraje de bienes, de servicios. Yo, específicamente, me voy a concentrar en unos temas que a mí me parecen muy importantes relacionados con obra pública.

Quizás el título de mi exposición puede sonar un poco exagerado, pero vayamos viendo cómo va la exposición y, a partir de eso, veamos por qué tiene este título algo llamativo. La exposición que hoy día les vengo a comentar en los treinta minutos que tengo para exponer, es sobre el postor razonable en los contratos de obra pública y los árbitros

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con diploma en arbitraje internacional e inversiones por la Escuela de Postgrado de la Universidad del Pacífico. Es profesor en postgrado del Diplomado de Gerencia de la Construcción en la Universidad Autónoma del Perú y en pregrado del curso aspectos legales en la construcción en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

miedosos. Uno dirá: «¿qué tiene que ver el postor razonable con alguna cualidad que puede tener un árbitro?»; entonces, ésa es la pregunta que vamos a tratar de responder en esta breve exposición.

Simplemente, como antecedente y ustedes ahí están viendo la diapositiva, es común que se diga: «si no observaste nada, entonces, no tienes derecho a reclamar». Pensemos, por un momento, en un proceso de selección que tiene períodos, tiene etapas que el OSCE denomina etapas preclusivas. Entonces, en el marco de un proceso, ¿qué dice el OSCE? El OSCE dice: «si no observaste ahora, entonces, luego tú no puedes decir nada». Es, prácticamente, lo mismo que pasa cuando un sacerdote en un matrimonio dice: «hablen ahora o callen para siempre»; si callaste y alguien quería oponerse a ese matrimonio, entonces, luego no puedes decir absolutamente nada, porque perdiste tu oportunidad.

Aunque no lo crean, esas palabras que pronuncia el sacerdote también las pronuncia el OSCE en una opinión bien interesante que es la Opinión n.º 080-2015; y me voy a permitir leerla muy rápido, porque creo que es la base, finalmente, de esta exposición.

Centrémonos nuevamente en el marco de un proceso de selección de un contratista de una obra, porque esta exposición es sobre obra pública, al final, ¿qué dice el OSCE?: «la oportunidad para que los postores soliciten la aclaración de una omisión de información en alguno de los documentos contenidos en el expediente técnico con anterioridad a la presentación de sus ofertas —o sea, antes de que presentes tus ofertas, el OSCE te dice— ésa es la etapa de consultas y observaciones a las bases, pues una vez integradas a las mismas las respuestas, éstas constituirán reglas definitivas del proceso y establecerán el alcance de las futuras obligaciones contractuales». Es decir, te está diciendo que, si no observaste o consultas algo, luego ya no puedes reclamar absolutamente nada, porque todo quedó integrado en las bases.

Esta afirmación del OSCE, que podría sonar quizás inocua, inofensiva, en realidad, tiene muchísimas implicancias jurídicas, contractuales y también, incluso, arbitrales y son justamente las terceras en las que me voy a centrar en esta exposición. Y, ¿por qué tiene implicancias graves, desde mi punto de vista? Primero, porque esa observación, por un lado, no responde a la pregunta o parece que no es el resultado de un análisis sobre si observar en el marco de un proceso de selección es una obligación del postor o es acaso un derecho, es algo que no responde. ¿Por qué? Porque si se asume que como no observaste, luego no tienes derecho a reclamar nada, está asumiendo que tenías la obligación de observar, y como consecuencia de tu incumplimiento de la obligación de observar, entonces, pierdes un derecho, por el sencillo principio de que uno no puede excusarse en su propio incumplimiento.

Entonces, en realidad, parece que esa opinión del OSCE no responde a esa pregunta, o sea, la pregunta es si observar es una obligación o es un derecho.

Pero, otra pregunta que no responde esa opinión, es si el proceso de selección, visto como una etapa con procesos preclusivos, es un mecanismo para trasladar los riesgos al contratista o no. Y, ¿por qué hago esta pregunta?; porque muchas veces sucede en los arbitrajes de obra pública, que los contratistas reclaman distintos conceptos en ejecución del contrato; y ¿qué responde la entidad? La entidad dice: «puede que tengas razón y este expediente técnico tenga un error, puede que yo me haya equivocado; sin embargo, tú tuviste oportunidad de decirme si ese expediente técnico estaba equivocado o no. Como no dijiste nada, yo entidad, me lavo las manos y tú contratista que no observaste, eres directamente responsable».

Es decir, borras el incumplimiento de la entidad de haber hecho un mal expediente técnico, por un lado; y, por otro lado, culpas al contratista por no haber observado el expediente técnico mal hecho.

Entonces, esto genera muchísimas discusiones y son, precisamente, esas discusiones las que vamos a ver. Esa discusión que les digo de, por un lado, no haber respondido la pregunta de si observar es un derecho o es una obligación, y si el proceso de selección es un mecanismo para trasladar riesgos al contratista, se ha incorporado mucho a la discusión de los tribunales arbitrales que ven casos de obra pública. ¿Por qué? Porque a partir de esa discusión, hay ciertos tribunales arbitrales que se han visto persuadidos por la posición que tiene el OSCE y dicen: «efectivamente, el contratista debió darse cuenta de ese error por el que ahora viene a reclamar en el arbitraje; pero como no se dio cuenta, entonces, ha incumplido una obligación y, al haber incumplido esa obligación, no tiene nada que hacer en este arbitraje, así que le declaro infundada su pretensión. Puede que haya un incumplimiento de la entidad al haber hecho mal el expediente técnico, pero eso no es suficiente, porque el proceso de selección, precisamente, está para eso, para detectar los errores en el expediente técnico para luego no ir a arbitraje a reclamar algo que se debió observar en su momento».

Entonces, para que vean cómo esa discusión que parte de esa opinión que he citado del OSCE, se ha trasladado a los tribunales arbitrales que ven casos de obra pública. Entonces, hay tribunales arbitrales que, ante esa interrogante de si culpar a la entidad por haber hecho mal el expediente técnico o culpar al contratista por no haber observado ese expediente técnico, optan por la posición de culpar al contratista por no haber observado y, como consecuencia, declaran infundadas las pretensiones.

Sin embargo, yo creo que sobre ese último punto hay algo bastante importante, es lo que yo denomino «los árbitros miedosos». A nosotros, nos han enseñado que cuando tú tienes el incumplimiento de una parte y el incumplimiento de la otra y ambas, de alguna forma, han contribuido a generar un determinado daño, evidentemente, lo que sucede en esos casos es que se puede reducir la contraprestación o la indemnización que pide el contratista, de manera que no tiene que ser o blanco o

negro. Un tribunal, en mi opinión, no debería decir «es 100% culpable el contratista o es 100% culpable la entidad», podríamos tratar de involucrarnos quizás en un espectro medio, en el que el tribunal reconozca que hay incumplimiento de ambas partes, incumplimiento del contratista de no haber observado, si quieren, e incumplimiento de la entidad de no haber hecho bien su tarea, es decir, el expediente técnico. De esa forma, podríamos llegar a un punto intermedio.

Sin embargo, lo que ha pasado mucho últimamente en los arbitrajes de obra pública es que los tribunales no quieren llegar a ese punto medio, o le dan toda la razón al contratista o le dan toda la razón a la entidad. No hay puntos medios. Y, ¿por qué digo que no hay puntos medios? y ¿por qué digo que hay árbitros miedosos? Porque hay mucha posibilidad de que, ante la necesidad de llegar a ese punto medio, esos laudos se terminen anulando en el Poder Judicial, precisamente porque ya hay varios pronunciamientos del Poder Judicial que han dicho eso.

Cuando un tribunal arbitral ha optado por ir hacia un punto medio, la parte que pierde se ha ido a anulación en el Poder Judicial y ahí hay ciertos casos que se han anulado. Y, ¿por qué se han anulado? Porque la Corte Superior dice que no se ha fundamentado la razón por la que se ha llegado a ese punto medio, no ha habido pericia, ni informe técnico, se ha llegado a un intermedio a partir del buen criterio del tribunal y para el Poder Judicial ésa es una posición que no comparte; y, como consecuencia de eso, se anula el laudo.

Es por eso que se ha generado, en mi opinión, esa seguidilla de laudos en los que o es negro o es blanco, no hay posibilidad de grises. Eso lo vamos a ver a partir de unos casos bien interesantes.

Pero, las preguntas que están ahí que, finalmente, nos sirven para responder, precisamente, a si existen o no árbitros miedosos. Primero, el OSCE cuando dijo: «oye, si no observaste, entonces, perdiste tu derecho». ¿Analizó si observar era una obligación o si era un derecho? En

mi opinión, no se ha hecho ese análisis, porque si uno lee las normas de contrataciones con el Estado; y, además, lee a los profesores que han estudiado el tema administrativo y el tema de licitaciones, se va a dar cuenta que observar, en realidad, no está formulado como una obligación. Uno lee la norma de contrataciones y se va a dar cuenta, incluso, en la norma actual, que se dice claramente que observar no es una obligación, por eso es que la norma dice: «los participantes podrán consultar; los participantes podrán observar». Si dice que «podrán», entonces no es una obligación, sino un derecho y hace total sentido que sea un derecho, porque uno observa cuando tiene dudas, uno no puede estar obligado a observar cuando no tiene dudas.

Si un contratista revisa todo el expediente técnico, revisa todas las cajas que le llegan cuando participa en un proceso de selección y, simplemente, no tiene dudas, entonces, no va a tener nada que consultar ni va a tener nada que observar. Pero, ustedes dirán que parece bastante conveniente esa posición, porque al final el postor no tiene ninguna obligación. En mi opinión, no es tan así; la posición que tengo es que el postor no tiene la obligación de observar ni de consultar porque en esos términos no está puesto en la norma y, de hecho, cuando ustedes leen doctrina sobre ese tema, se van a dar cuenta de que, en realidad, es un derecho y no una obligación, porque está derivado de este principio de acceso a la información, que es un derecho constitucional. Los participantes tienen derecho a acceder a la información que es pública.

Pero, entonces, ustedes dicen «¡qué conveniente!». Acá está Renzo hablándoles, porque Renzo es abogado de empresas contratistas, entonces, le conviene que sea un derecho y no una obligación. Pero, ésa es una parte, en realidad, de la explicación, yo creo que hay una segunda parte. Uno no puede negar que en el marco de un proceso de selección hay obligaciones también del contratista y, si bien no existe una obligación del contratista, en el sentido de observar o de formular consultas, porque, finalmente, es potestativo; tú, si tienes dudas, las haces, yo creo

que sí hay una obligación del contratista y creo que la obligación es la de informarse bien.

El sistema de contratación pública está enfocado en ser un sistema eficiente, un sistema en el que se elija al mejor. Si hay contratistas que presentan ofertas que no son serias, a veces, ofertas temerarias, el sistema no funciona. Para que el sistema de contrataciones públicas funcione, el contratista tiene que presentar ofertas serias, es decir, tiene que informarse lo suficiente para que, luego de la revisión de sus ingenieros, contadores, abogados, por qué no, presente una oferta seria. Después de revisar, dirá: «ésta es mi propuesta técnica y ésta es mi propuesta económica». ¿Por qué? Porque ya he revisado a conciencia el expediente técnico y todos los documentos de la licitación.

Entonces, en mi posición, si bien no existe una obligación de observar y consultar, creo que sí existe una obligación de informarse; los contratistas tienen la obligación de informarse. Y, ¿qué pasará si no se informan bien? Estaremos, en mi posición, frente a un postor que no es razonable, negligente. Así como en derecho de consumo existe la figura del consumidor promedio, del consumidor medio; en mi opinión, en contratación pública también existe la figura de postor razonable. Un postor será razonable cuando se informe adecuadamente de los documentos de la licitación y, en virtud de ellos, formule una oferta seria.

¿Por qué es importante, en mi posición, introducir temas de razonabilidad a la discusión?, porque finalmente, como les decía, nada es blanco, nada es negro, necesariamente, y menos en una obra en donde hay tantos matices, tantas complejidades técnicas. Seguramente los contratos de obra y, en específico, los contratos de obra pública, son de los que más complicaciones jurídicas generan, vinculadas a resolución de contrato, a buena fe, una serie de elementos que son elementos civiles, pero que generan discusiones larguísimas en los arbitrajes.

Entonces, qué es lo que yo sostengo en estos casos para decir que estamos ante un postor razonable. Nosotros estaremos frente a un postor razonable, entre otras cosas, si es que verificamos esos cuatro criterios; no son criterios cerrados, evidentemente, son criterios que de alguna forma he identificado, pero se podrían generar más criterios. Primero, por ejemplo, complejidad de la obra, entonces, uno tendrá que ver qué tan compleja es una obra, si la obra es sumamente compleja, el estándar que uno le puede exigir al contratista no es un estándar altísimo, porque la obra es muy compleja.

Plazo para detectar los posibles errores; ¿ustedes saben cuánto tiempo hay en el proceso de selección para detectar errores? Me parece que la norma dice seis días como mínimo, es normal que se establezcan ocho o diez días; es decir, en seis, ocho o diez días los participantes tienen que revisar toda la información, procesarla y a partir de eso darse cuenta si tienen o no dudas y formular consultas y observaciones. Mientras más corto sea ese período, el estándar evidentemente será más bajo, porque si tienes más tiempo, tienes más posibilidad de revisar la información; y, en consecuencia, podrán formular más consultas y más observaciones.

Pero, otro tema muy importante también, es la experiencia de quienes están participando. Una cosa es estar frente a una gran constructora y otra cosa es estar frente a quien construye el tercer piso de tu casa; son constructores con experiencias distintas, entonces, no se le puede exigir a esa constructora pequeña el mismo estándar que a esa constructora que tiene en el mercado cuarenta o cincuenta años, como de hecho hay empresas constructoras en nuestro país.

Otro tema importante para determinar si estamos ante un postor razonable, es el momento de detectar el error. No es lo mismo detectar un error en la ejecución de un contrato, al comienzo, que detectarlo al último. Si lo detectas al comienzo, tú le vas a dar la posibilidad a la entidad de mitigar, es decir, le dices qué está mal y la entidad tiene la oportunidad de decirte y darte instrucciones claras de qué hacer en esa

situación; si le dices un día antes de entregar la obra que has tenido un problema durante los veinticuatro meses que ha durado la obra, la entidad no va a tener opción de hacer nada y, en ese caso, lo único que le quedará a la entidad es pagar. Pero, yo creo que para determinar si estamos verdaderamente frente a un postor que es razonable e informado, se debe considerar también este criterio, en qué momento me dijiste que había un error. Si lo dices al comienzo, la entidad puede hacer algo, pero si se lo dice al final, es raro que pueda hacer algo.

Lo que les decía hace un momento, ¿qué pasa cuando estamos frente a un postor razonable? En mi opinión, cuando estamos frente a un postor razonable, es posible aplicar el artículo 1326, que indica que «si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad». Entonces, si en el caso que les ponía yo, tenemos a una entidad que ha incumplido su obligación de hacer un buen expediente técnico; y, por otro lado, tenemos a un contratista que no ha sido un contratista razonable, ni diligente, que no ha sido un postor razonable; entonces, podemos decir que ese postor que no ha sido diligente, ha contribuido a generar su propio daño, lo cual no significa que el contratista se quede sin resarcimiento, sino que, en aplicación del 1326, que al contratista se le tendrá que reducir la compensación que pide. ¿Por qué? Porque el hecho de que el contratista no haya sido un postor razonable, no quita, por otro lado, que la entidad también haya incumplido una obligación.

Ante el incumplimiento de la obligación de la entidad, de no haber hecho bien su tarea de hacer bien el expediente técnico y el incumplimiento del contratista de no haberse informado lo suficiente, entonces, tenemos dos incumplimientos y, en mi posición, no corresponde darle la razón al contratista totalmente o a la entidad totalmente, sino aplicar, por ejemplo, el 1326, para reducir la compensación que pide el contratista y, a partir de eso, laudar.

Pocas veces se hace eso y ése es el punto al que quería llegar. Y, ¿saben por qué se hace pocas veces eso? Porque hay ciertos árbitros que son miedosos, miedosos de que les anulen los laudos. Ellos prefieren o darle la razón completamente a una parte o a la otra; no llegamos nunca, o muy poco, a puntos intermedios. Por eso es que yo formulo la teoría de que existe, pues, la tendencia ahora de algunos abogados de tenerle miedo a la anulación.

Y hay varios casos sobre anulación de laudo, precisamente, por falta de motivación. Éste es uno —lo voy a leer rápidamente porque ya me pusieron la tarjeta roja—, el expediente n.º 127-2015, en el que un tribunal arbitral aplica el criterio de equidad para calcular el resarcimiento. Ese laudo fue anulado diciendo que «el laudo no expresa razón objetiva alguna que explique y justifique la suma ordenada a pagar, siendo que el criterio de equidad o valoración equitativa no supone licencia para la arbitrariedad», es decir, equidad no equivale a arbitrariedad, lo cual es evidentemente correcto.

Otro caso, rápidamente, el caso 2136-2008 de la Primera Sala Civil Superior, que dice «no basta con que haya el tribunal arbitral manifestado las razones para sustentar negativamente por qué no creían que el daño era de gran cuantía, pues ellas no son suficientes para justificar el resarcimiento fijado en el laudo. Para esta última operación es imprescindible dejar sentados los parámetros que han servido para optar por una u otra cantidad, pues de otro modo cómo evitar la arbitrariedad». Totalmente de acuerdo, la equidad no supone —en ninguna medida— arbitrariedad.

Entonces, ¿qué es lo que planteo yo? Ya para acabar. Lo que planteo es que ante ese escenario en el que el Poder Judicial te pide: «oye, fija criterios claros cuando no quieras optar por lo blanco y lo negro, es decir, cuando no quieras darle la razón completamente al contratista o darle la razón completamente a la entidad», lo que te está diciendo el Poder Judicial es «puedes fallar en base a criterios de equidad, pero tienen que

ser criterios basados en razones objetivas, volver objetivo lo subjetivo». El Poder Judicial ha dicho que razonable no es arbitrario, que se tiene que establecer parámetros claros y brindar una justificación lógica.

Entonces, lo que yo sostengo es que para no tener temor de que nos anulen el laudo, lo que podemos aplicar son precisamente los criterios que les planteaba, los criterios para determinar cuándo estoy ante un postor razonable o no. Es decir, el criterio de qué tan experimentado es el contratista, qué tan complejo es el error, en qué momento se dio cuenta del error el contratista y si le diste o no posibilidad a la entidad para subsanar ese error en la ejecución del contrato, cuánto tiempo tuvo el postor para observar ese error durante el proceso de selección.

Entonces, si los árbitros fijaran, de alguna forma, esos criterios y otros, que los árbitros evidentemente podrían generar de acuerdo al caso concreto, yo creo que no hay por qué temer al Poder Judicial, porque el Poder Judicial no está diciendo que no se aplique el criterio de equidad, no está diciendo que no se apliquen posiciones intermedias, lo que está diciendo el Poder Judicial es que se justifique con parámetros objetivos. La equidad no supone una licencia para arbitrariedad y, en la posición del Poder Judicial, eso se logra estableciendo los parámetros objetivos que les he señalado; y, en mi posición, una gran ayuda sería fijar, por lo menos en obra pública, que es de lo que estamos conversando ahora, criterios, algunos de los cuales podrían ser esos cuatro que les he mencionado.

Hay un laudo que ha salido hace algunos meses que, la verdad, es bastante escandaloso, que seguramente ya lo conocen. Es un laudo que da treinta millones de soles a un contratista por daño a la imagen contra el Gobierno Regional del Cusco. Es escandaloso porque uno lee el laudo e intenta buscar la justificación, los parámetros objetivos que generaron que el tribunal arbitral les diera treinta millones de soles, porque si están pidiendo daño a la imagen, uno tiene que sustentar o habrá algún informe de economistas, de contadores que han estudiado

al mercado y pueden determinar cuánto ha sido el daño a la imagen. En este caso, al menos de la lectura del laudo, no se evidencia que exista una prueba objetiva y, pese a eso, el tribunal ordenó dar treinta millones de soles al contratista.

Yo no digo que tenga o no tenga razón al final el contratista, quizás la tiene y quizás, efectivamente, se le generó un daño, porque en este caso lo que pasó es que se resolvió el contrato y las autoridades de este gobierno regional empezaron a difundir la noticia de que era un contratista que incumplía, etcétera; entonces, yo no dudo que seguramente tenían razón al momento de decir que se generó un daño. Lo que me genera preocupación, es que se haya dado treinta millones de soles; pero, así como se dio treinta millones, el tribunal pudo decir cien millones, ¿por qué no fueron cinco millones de repente? Entonces, en ese laudo, la verdad, no veo yo que haya habido una justificación de cómo se llegó a ese monto.

Me imagino que este laudo está en proceso de anulación, supongo, no lo sé. Si yo fuera la entidad, sí lo haría, ¿por qué?, precisamente, por lo que les señalaba hace un momento, que no establece una justificación, no hay parámetros objetivos y, otra vez, en base a la premisa de que equidad no significa arbitrariedad.

Con esto he terminado, les agradezco mucho su atención.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL ARBITRAJE COMERCIAL Y EL DE CONTRATACIÓN ESTATAL

*Mario Castillo Freyre**

Ante todo, muchas gracias por la invitación, en especial, al doctor Roger Vidal Ramos, presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil, al que también pertenezco. Muchas veces se critica que el Estado establezca una regulación particular para los arbitrajes que surjan de los contratos que él celebre, pero es una regulación que de ninguna manera resulta oprobiosa; de ninguna manera es una regulación que desnivele la cancha entre particulares y el Estado, sino que establece determinadas reglas de juego para quienes quieren jugar el partido.

Lo que pasa es que muchas veces de manera injusta se ataca al Estado y se dice: «no, tú no tienes derecho a establecer reglas». Sí, pero, por ejemplo, si una empresa que tiene contratos por adhesión o con cláusulas generales de contratación que contrata con sus clientes, inserta convenios arbitrales con determinadas características especiales, esa empresa, en esos convenios arbitrales contenidos en sus contratos, está determinando definitivamente las reglas de juego y está diciéndole a quien contrate con ella: «vas a ir a arbitraje; y si no te gusta ir a arbitraje, no contrates conmigo».

* Mario Castillo Freyre, magíster y doctor en derecho, abogado en ejercicio, socio del estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

Pero, a lo que voy. Todo contratante que pueda imponer alguna condición —no sólo el Estado las puede imponer—, tiene el derecho de poner o no en sus contratos convenios arbitrales y mientras estos convenios, evidentemente, no trasgredan criterios de equidad, criterios de justicia elemental y, menos aún, normas de orden público y de carácter constitucional, eso es totalmente lícito.

De manera que, este trabajo logra comparar el arbitraje comercial con el arbitraje del Estado en treinta rubros. No me voy a referir a todos por razones de tiempo; sólo tengo veinte minutos; pero, esto forma parte de un libro que yo voy a publicar en tres semanas que se titula «Entre el derecho civil y el arbitraje», un libro al que le tengo mucho cariño, en el cual publico temas, en su inmensa mayoría inéditos, de exposiciones como ésta que no han sido publicadas anteriormente sobre los dos temas entre los que gira mi ejercicio profesional. Así que lo presentaré los primeros días de diciembre; ya está por entrar a imprenta. Además, con ese libro vamos a conmemorar en el Estudio el volumen 35 de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*; y justo se cumplen diez años la primera quincena de diciembre.

Bueno, vamos a referirnos, en primer lugar, al carácter voluntario. ¿El arbitraje del Estado es voluntario o no? Sí, es voluntario, ¿por qué? Ustedes dirán que la ley dice otra cosa, pero no me refiero a que la ley diga eso, me refiero a si uno es un particular, uno tiene la libertad de contratar o no con el Estado. Claro, podrán decir: «el Estado es el principal contratante en el Perú y en todos los países del mundo y, por lo tanto, si no contrato, tengo que cerrar mi empresa». Sí, probablemente; pero, lo mismo se podría decir de algunos servicios públicos que pudieran contener algún convenio arbitral o de algunas prestaciones muy particulares de empresas con las cuales si no contratas, no consigues el servicio o no consigues el bien.

De manera que tampoco es que este criterio sea un criterio privativo del arbitraje en contratación estatal. Es verdad, claro, que toda la

contratación estatal, por lo menos, la regida por la Ley de Contrataciones del Estado, se rige por arbitraje, los conflictos se van a solucionar en arbitraje; en el caso de la contratación comercial, habrá plena libertad de establecer o no convenios arbitrales para ella. Pero, éste es un punto que se viene discutiendo en el Perú hace más de veinte años y creo que ésa es la lectura; el juicio, por lo menos, más coherente del tema.

En relación a las materias arbitrales, la Ley de Arbitraje establece un criterio positivo, es decir, en principio todo es arbitrable a menos que la ley establezca que algo no es arbitrable. En la Ley de Contrataciones del Estado el tema es algo diferente, porque se establecen claramente algunos que no son arbitrables: el caso de los adicionales, el caso del enriquecimiento sin causa, por ejemplo, que es una materia que se ha debatido tanto en los últimos años y sobre la cual ya la ley en vigencia estableció un criterio definitivo.

En cuanto a la naturaleza. La Ley de Arbitraje ya casi ha desterrado el arbitraje de conciencia. No lo ha desterrado del todo, pero ahí en un entre líneas está, o sea, sí hay arbitraje de conciencia, en teoría, el arbitraje, en principio, y se presume, además, es de derecho en materia de la Ley de Arbitraje, pero podrían las partes pactar un arbitraje de conciencia. Ahora, en el caso del Estado el arbitraje es de derecho, el arbitraje que se rige por la Ley de Contrataciones del Estado. Claro, es un arbitraje de derecho con algunas particularidades que yo siempre menciono, porque es un arbitraje de derecho que, en principio, podría estar siendo llevado por tribunales arbitrales en donde, incluso, la mayoría de miembros podrían no ser abogados, dado que la Ley de Contrataciones del Estado exige que, en los tribunales de tres árbitros, los presidentes sean abogados, pero no necesariamente los otros árbitros de parte.

De manera que, en esos casos, podríamos encontrarnos ante un arbitraje de derecho, pero con un tribunal arbitral mayoritariamente compuesto por no abogados. Eso para mí siempre ha sido una contradicción, es para mí tan contradictorio eso, como que yo tuviera que

firmar un documento lleno de fórmulas matemáticas en cálculo estructural, por más que haya un ingeniero dentro de tres personas que me diga que eso está bien. Lo que tendría que hacer yo es fe, pero yo no he estudiado para ingeniero, yo he estudiado para abogado. Ésa es una observación que tengo desde siempre en torno a este tema.

En cuanto al número de árbitros, la Ley de Arbitraje, con un criterio bastante abierto, establece absoluta libertad al respecto y, efectivamente, en caso de duda, serán tres árbitros, incluso pueden ser números pares, lo que nunca se produce, creo yo que es una demasía de la ley. En el caso de la contratación estatal, en principio, el artículo 189 del Reglamento dice que «a falta de acuerdo entre las partes o en caso de duda, el caso es resuelto por árbitro único», pero también señala que «los arbitrajes *ad-hoc* en controversias cuya cuantía sea igual o superior a 1,000 UIT, se resolverán a falta de acuerdo por un tribunal de tres miembros».

En cuanto al registro de árbitros, por ejemplo, no es que en el arbitraje comercial no haya registro de árbitros, lo que ocurre es que en los arbitrajes comerciales *ad-hoc* no hay registro de árbitros, porque eso está, evidentemente, regido por la más absoluta libertad, para que las partes decidan quiénes serán sus árbitros y cómo se llevará este proceso. Pero, cuando el arbitraje es institucional, evidentemente, los árbitros tienen registros, los registros de las respectivas instituciones, ahora, que esos registros son abiertos, que esos registros son cerrados, que es mejor que sean de una manera u otra, son temas opinables, que no constituyen objeto de mi exposición. El arbitraje estatal, de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado en el artículo 45.6, sí establece que, para desempeñarse como árbitro, se tenga que estar inscrito en el Registro Nacional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

En lo que respecta a la conciliación, por ejemplo, ahí hay una semejanza, porque para el arbitraje comercial no es obligatoria la conciliación, tampoco es obligatoria la conciliación para el arbitraje en contratación estatal; pero, en ambos casos, las partes podrían pactar una etapa

previa de carácter obligatorio, que sea una etapa previa de conciliación, en la cual las partes intenten como se suele poner en algunas cláusulas o convenios arbitrales, solucionar ese problema de manera amigable y, si no lo logran, ya se podrá ir a arbitraje. Ésta es una posibilidad y constituye una semejanza en cuanto a ambas regulaciones.

En lo que respecta a los centros de arbitraje, en materia de arbitraje comercial hay la más absoluta libertad. Yo siempre me he cuestionado acerca de esa absoluta libertad, porque así como para poner un banco se requiere el cumplimiento de determinadas reglas, o sea, si a mí se me ocurre, yo mañana no puedo poner un banco, me va a caer la SBS, el Ministerio Público y la Policía, porque yo estaría haciendo una actividad ilegal. Y, ¿por qué la ley no me permite que yo abra en el garaje de mi casa un banco? No me lo permiten porque estaría manejando dinero del público, estaría haciendo labor de intermediación financiera y ésta es una labor que el Estado quiere vigilar y tiene que vigilar a través de la SBS; por lo tanto, me dice: «si tú quieres poner un banco, tienes que cumplir 1,000 requisitos, 1,000 autorizaciones y, recién después, tendrás tu banco».

Para los centros de arbitraje en materia comercial, eso no es así y hay algunas experiencias que son bastante negativas de centros de arbitraje sobre los cuales uno escucha o a veces se entera de que, efectivamente, no son instituciones serias y que tienden, en muchos casos —no me refiero a contratación estatal— a trabajar este tipo de arbitrajes fraudulentos en perjuicio de terceras personas.

En el caso de la contratación estatal, la ley exige que los arbitrajes en materia de arbitraje institucional estén llevados por instituciones acreditadas ante el OSCE, lo que me parece muy bien, porque tiene que haber, por lo menos, un estándar de aprobación o de calidad mínimo.

En cuanto a los secretarios arbitrales, yo escribí hace tiempo un artículo que justamente forma parte también de este libro, sobre los se-

cretarios arbitrales; y sobre ellos la Ley de Arbitraje no dice una palabra, ustedes escanean la ley de principio a fin y no hay una sola palabra sobre el secretario arbitral. Bien o mal, algunos dicen que bien, yo digo que mal, porque el secretario arbitral, si bien no es un cuarto árbitro, es un personaje muy importante dentro del arbitraje y debería tener en materia de arbitraje comercial, al menos una regulación. Es una persona que, además, asume determinadas responsabilidades, custodia el expediente, notificaciones, asiste en las diligencias, etcétera. Tendría que tener una regulación.

La Ley de Contrataciones del Estado sí ha regulado el tema, en la medida de que, además, en el Reglamento se ha establecido el Registro Nacional de Secretarios.

Temas similares hay, no voy a entrar en mayor detalle, pero temas similares hay en cuanto a la acumulación de pretensiones, o sea, cabe precisamente acumular pretensiones tanto en el arbitraje comercial, como en el arbitraje en contratación pública.

En cuanto a códigos de ética, los arbitrajes *ad-hoc* comerciales no están regidos por un código de ética, porque no les es aplicable supletoriamente el Reglamento de Ética del OSCE; los arbitrajes institucionales en materia de arbitraje comercial, sí están regidos por códigos de ética de las respectivas instituciones. Es muy raro que exista una institución seria de arbitraje; a un centro de arbitraje, me refiero, que no tenga un código de ética. Y en materia de arbitraje del Estado, naturalmente los arbitrajes *ad-hoc* se rigen por el Código de Ética del OSCE y los arbitrajes institucionales en materia de contrataciones del Estado, se regirán por los respectivos códigos de ética de las instituciones, pero es aplicable el Código de Ética del OSCE y establece la norma que «para aquellos casos que impliquen infracciones o sanciones que no estén establecidas en el código de ética respectivo».

Otro aspecto es el alcance temporal del deber de revelación de los árbitros. En el arbitraje comercial no se establece un alcance temporal para la revelación, es decir, cuando yo soy nombrado árbitro y tengo que revelar lo que tenga que revelar al aceptar, si acepto, ¿cuál es el límite temporal?, ¿cinco años como en la contratación estatal?, ¿diez, quince, veinte, toda la vida? Yo ahí creo que, para curarse en salud en arbitraje comercial, el deber de revelación no debería tener límite temporal y creo también, más allá de que lo que diga la normativa específica en materia de contratación estatal, es que cuando uno cumpla con el deber de revelación, no tenga límite temporal, ¿por qué? Porque, si bien se establece un plazo determinado, qué pasa si yo he sido abogado interno y ha sido mi principal cliente por un excelente honorario de una empresa que me nombra árbitro, pero he sido su abogado interno hasta hace seis años, desde diez años antes; o sea, fui diez años el abogado principal de la empresa; y, claro, el deber de revelación es hasta cinco y de esto ya pasaron seis, pero yo fui diez años el abogado principal de la empresa, he viajado «N» veces al extranjero, pagado por la empresa; mis honorarios que fueron fabulosos por trabajar durante diez años para esa empresa, me los pagó ella, ¿y qué te voy a decir?, ¿que no voy a revelar que fui abogado diez años de la empresa que me ha nombrado árbitro, por la sencilla razón de que han pasado seis años? Me río.

Yo creo que para evitar problemas a este respecto, no debería uno —en el deber de revelación— considerar límite temporal, ni en el arbitraje comercial, ni en el arbitraje en materia de contratación pública.

En lo que respecta a la custodia de los expedientes, la Ley de Arbitraje establece un plazo de tres meses para la custodia de los expedientes para el arbitraje en general y la Ley de Contrataciones del Estado establece un plazo mínimo de diez años. Más allá de la manera cómo se conserve el expediente; es decir, en físico o micrograbado, creo que el plazo de diez años es excesivo e implica determinados costos que tendrá que asumir alguien, el centro de arbitraje, el presidente del tribunal, el secretario, alguien. Pero la conservación y, además, la responsabilidad

de tener que preservar esa información intacta durante un plazo tan largo, creo que es un exceso. Debería, en todo caso, establecerse que las partes que requieran una copia certificada del expediente puedan solicitarla en un plazo máximo —y soy generoso— de seis meses; después, se acabó el expediente.

Hay expedientes que son enormes. A veces yo llego a mi estudio, y digo: «¿qué pasó?», cajas de cajas de leche Gloria, y es un escrito, es la demanda y sus anexos. Micrograbar eso tampoco es un ratito ni son dos soles; o sea, ése es un tema que hay que verlo con mucho cuidado, con muchísimo cuidado.

Para ir terminando —bueno, estoy saltándome varios temas que merecerían una explicación mucho mayor al espacio que tengo para hablar—, en cuanto a los impedimentos para ser árbitro, la Ley de Arbitraje en el artículo 21 señala el tema de incompatibilidad y dice: «Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas». Esa norma, en realidad no dice nada, ¿saben por qué? Porque en la ley anterior existía una prohibición expresa empezando por el presidente de la República, congresistas, jueces, etcétera, para ser árbitros, en general, no en contrataciones del Estado, en general, para todo arbitraje. Y, ¿por qué el presidente de la República no podía ser árbitro? Porque, claro, ya se imaginan ustedes un tribunal de dos señores abogados o lo que fuere y el presidente de la República, ¿hay o no, por el hecho de ser presidente de la República, una presencia mucho más importante en el cargo que puede pesar en ese tribunal? Sí, claro, es el presidente de la República, es el ministro. Entonces, la ley anterior decía que ellos no podían ser árbitros.

La ley actual no dice nada, y ¿saben por qué no dice nada?, porque dice: «por las normas de incompatibilidad respectivas»; y ¿cuáles son las normas de incompatibilidad respectivas? Sólo son la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento que establecen los impedimentos,

pero esos impedimentos no pueden, porque sería una interpretación inconstitucional, no pueden ser vistos con efecto espejo, es decir, están prohibidos allá y también están prohibidos acá por lo que dispone el artículo 21 de la Ley de Arbitraje. No puedo hacer esa interpretación, con lo cual tengo que llegar a la conclusión de que los únicos impedimentos que existen, son los establecidos en las normas de contratación estatal.

Bueno, al tema de designación residual de árbitros no voy a entrar.

En cuanto a lo relativo a la instalación del tribunal arbitral hay que tener cuidado, en tanto los tribunales de arbitraje comercial no tienen, en general, plazos para su instalación, plazos de caducidad, lo que sin duda no ocurre en materia de contratación estatal. En materia de gastos arbitrales no hay mayores diferencias.

En materia de motivación de laudos, en tanto estemos en arbitraje de derecho, en ambos casos los laudos deben tener motivación.

En cuanto a formalidad, la Ley de Arbitraje es más detallista que la Ley de Contrataciones del Estado, porque establece que el laudo tiene que constar por escrito, tiene que estar firmado, etcétera. Esto está regulado en el artículo 55.

En cuanto al arbitraje y la junta de resolución de disputas y su relación, claro, la Ley de Arbitraje, que es del 2008, todavía no es una ley que contemple esta figura como complemento u otro medio alternativo de resolución de controversias; pero la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento ya contemplan la junta de resolución de disputas, no como un mecanismo sustitutorio, sino —en todo caso— como un mecanismo preventivo del arbitraje o complementario, como se le quiera ver.

Bueno, algunos aspectos en torno a la información a ser remitida. En el caso de los arbitrajes comerciales, estos terminan con el laudo o la resolución que pueda, eventualmente, resolver cualquiera de los recur-

sos respectivos; en tanto que, en el caso de los arbitrajes de contratación estatal que sean administrados por instituciones arbitrales, sí se establece una serie de documentos e informaciones que se tienen que remitir al Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.

Se podría hablar muchísimo más, digamos, este artículo que he preparado es un artículo que tiene alrededor de cincuenta páginas y, bueno, ya ustedes tendrán oportunidad de verlo, pero he querido hacer un resumen esta noche sobre esta materia que, sin duda, puede motivar un acercamiento mucho mayor a una serie de otros temas que, por razones de tiempo y de respeto al auditorio y a la señora expositora, no puedo abordar esta noche.

Muchísimas gracias.

LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN CONTRATACIONES ESTATALES Y ARBITRAJE

*María Elena Guerra Cerrón**

Tengan todos muy buenas noches. En primer lugar, mi agradecimiento al magíster Roger Vidal, quien es presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.

Bueno, prometo no excederme en el tiempo y como suelo hablar muy rápido, creo que voy a hacer honor a esa cualidad. Mi tema es el levantamiento del velo. Pretendo darles cuatro ideas generales. La primera, es el estado de la cuestión de la moral y el principio de la moralidad. De repente no es la hora adecuada para filosofar, pero es indispensable que hablemos de la moral y la moralidad, principalmente, si vamos a hablar del arbitraje sobre el que muchas veces leemos muchas cosas, pero también solemos leer o escuchar que hay corrupción en el arbitraje en contrataciones del Estado y también solemos escuchar que hay corrupción en la administración pública; y, en general, en todas partes.

Luego, les hablaré del arbitraje y las disposiciones que lo regulan, los principios que orientan la actuación de los árbitros, especialmente, el principio *kompetenz-kompetenz*, aquél que permite o faculta a los árbitros para que decidan ellos mismos sobre qué van a resolver.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en derecho empresarial por la Universidad de Lima y doctora en derecho y ciencia política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Tiene estudios de maestría en derecho procesal constitucional en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora de Buenos Aires, Argentina. Es docente en pregrado y postgrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima.

Luego, las causas que justifican la aplicación de la teoría del levantamiento del velo, no voy a hablar en específico del levantamiento del velo societario, sino del levantamiento del velo, en general.

Y, finalmente, responder a dos preguntas, ¿pueden los árbitros levantar el velo?, ¿puede un funcionario de la administración pública, específicamente en un proceso disciplinario o en un proceso administrativo que tiene que ver con contrataciones del Estado, levantar el velo? Ésas son las dos respuestas finales.

Hace poco escribí para el boletín *Sociedades* de los estudiantes de derecho de San Marcos, un pequeño comentario que dice: «sólo los tontos cumplen con la ley», y es un relato de un taxista que se pasa la luz roja y que comete una serie de infracciones y dice que, hoy en día no pasarse la luz roja es inconcebible, que sólo los tontos cumplen con la ley.

Esto me llevó a pensar que era adecuado preguntarse si esta cultura de no cumplir la ley, realmente es un atributo o realmente sólo los tontos cumplimos con la ley. Este taxista que comete infracciones, de repente es un buen padre de familia, de repente a sus hijos les habla de moral, de ética, de cumplir con deberes; pero su otro yo es un infractor. Claro, estoy hablando de un ejemplo de pasarse la luz roja, que es lo más simple, qué les diré si en el centro de trabajo se comete actos de corrupción, pero uno se presenta como un buen padre de familia o como un buen administrador.

Entonces, la pregunta que yo lanzo es, ¿está regulada la moral?; cuando yo hablo de cumplir con la ley ¿sólo me refiero al texto de la ley?, ¿a qué me refiero con el cumplimiento de la ley?, ¿estará asociado el cumplimiento de la ley a la moral?, ¿cómo determinamos el contenido de la moral?, ¿en qué momento de la creación del derecho y de la aplicación del derecho nos olvidamos de que la moral, de repente, forma parte del derecho, o de repente, es el fundamento del derecho?

Aquí he preparado un breve cuadro que dice que la moral hay que considerarla como una técnica de la conducta; o sea, la moral es el objeto de la ética. Y no estoy perdiendo el tiempo hablando de ética y de moral, ni se cansen y digan: «yo quiero escuchar sobre el arbitraje y las contrataciones del Estado», tienen que escuchar esta parte.

La ética es la ciencia y el objeto de la ética es la moral. Pero, el derecho se dice que es la técnica de la coexistencia, pero no puede haber una técnica de la coexistencia sin considerar la técnica de la conducta, porque, finalmente, qué es lo que hacen las disposiciones jurídicas, ¿no regulan conductas?

Por lo tanto, si vas a hablar de derecho, necesariamente tienes que pensar en la dimensión externa de la ley, pero también tienes que tener presente en todo momento la dimensión interna, que es, tal vez, la más importante; ese deber de cumplir con la ley y no sólo cumplir con la ley, porque ese cumplir con la ley puede ser un cumplimiento en apariencia, puede ser lo que se manifiesta, lo que tú ves, la fase externa, pero detrás de eso puede haber un fraude a la ley, detrás de eso puede haber un abuso del derecho, detrás de ello puede haber una trasgresión a la buena fe, aunque en apariencia yo estoy cumpliendo con la ley y a eso le digo la legalidad, pero es lo externo, mientras la moralidad es la esencia del derecho.

Y, frente a esto yo les pregunto: ¿hay algún principio de moralidad que rige el derecho? Seguro que los que conocen toda la Ley de Contrataciones que fue modificada o derogada, me van a decir inmediatamente que sí conocen el principio de moralidad, pero al resto que de repente no están directamente vinculados con este tema de contrataciones y principios, ¿saben que si hay algún principio de moralidad o si lo hubo?, ¿no les llama acaso la atención que exista este principio de moralidad y que no lo hayamos escuchado en ningún otro ordenamiento? En el Código Procesal Civil no hay principio de moralidad, hay lealtad procesal, en el Código Civil tampoco está este principio.

Pues, bien, les comento que este principio de moralidad tenía un contenido y estaba señalado dentro de los principios rectores de la contratación pública y me alegré, me causó satisfacción durante la investigación a propósito de la relación entre derecho y moral y el tema de la corrupción, encontrar que había expresamente estudios que desarrollan el principio de moralidad. Y, ¿qué cosa es el principio de la moralidad?

Entonces, el principio de moralidad, les comento, estaba expresamente señalado como tal en la Ley de Contrataciones que fue derogada y tenía que ver con un tema de honradez, de lealtad, de probidad, de transparencia. Aunque ustedes no lo crean, un principio de moralidad que contenía todos aquellos aspectos, que ya no está, en la Ley n.º 30225, se ha suprimido el principio. Incluso, en las diferentes opiniones, en los diferentes reportes frente a las consultas que se hacían al OSCE, el principio de moralidad era invocado y se daba contenido a este principio.

Ahora, de repente puede ser subjetivo, de repente puede ser gaseoso que yo me preocupe tanto del principio de moralidad en este tema; pero, sin duda, es fundamental, por el antecedente que acabo de señalar sobre la vinculación entre el derecho y la moral y para combatir, de alguna manera, independientemente de las sanciones penales que puedan existir o infracciones propiamente administrativas, situaciones como aquellas: «Gamboa admitió que sus productos llegan al Estado por terceros», mayores detalles ya ustedes los conocen; «Krasny, la empresa vinculada a Alexis Humala, fue inhabilitada para contratar con el Estado»; situaciones que de repente no han llegado a tener una sanción penal o que de repente no han tenido propiamente una sanción administrativa, aunque alguien puede decir que al inhabilitarlo, al quedar fuera, ya se cumplió con una sanción.

Pero, más allá de eso, ¿de qué manera podría yo detallar estándares o características de la moralidad para que estas personas que puedan abusar de los derechos, o que puedan hacer fraudes a la ley o que pretendieran hacerse los locos respecto a la ley, puedan recibir alguna sanción?,

pero una sanción ejemplar. En este momento pienso en las sanciones que pone Indecopi, si bien no puede imponer indemnizaciones, porque te tienes que ir al Poder Judicial. A veces, una resolución administrativa publicitada en todos los medios de comunicación, es de mayor temor para las empresas que comenten infracciones contra los consumidores, que, de repente, una sentencia sobre la que nadie se entera y que la obliga a pagar una determinada suma.

Entonces, respecto a esta reflexión de cómo dotar de contenido al principio de moralidad, aun cuando ha sido suprimido en la Ley de Contrataciones del Estado, pero mi lectura es que el principio de moralidad, aunque no esté escrito, existe, porque es un fundamento del derecho por lo antes señalado.

Leer el *Diccionario Filosófico* de Nicola Abbagnano me dio una idea interesante. Él dice que el tema de esta desvinculación entre la moral y el derecho que de repente lleva a que en las sociedades contemporáneas haya un alto incremento de corrupción, se da porque mientras desarrollas una teoría general del derecho, tienes categorías contenidas, puedes describir todo por el derecho, el arbitraje institucional, el arbitraje *ad-hoc*, el arbitraje contractual, tienes todas las definiciones para debatir y para conversar. En cambio, sobre la moral no hay una teoría general, no hay ninguna categoría, ningún contenido estandarizado que permita establecer esa correspondencia o esa relación necesaria e indispensable con el derecho.

Ahora bien, ésta es la primera parte, la reflexión sobre el principio de moralidad que me va a servir para sustentar la posibilidad de que se levante el velo en determinadas circunstancias.

Ya todos los expositores han señalado que en la Ley de Contrataciones del Estado hay una preferencia o una inclinación al arbitraje. Esta inclinación al arbitraje tampoco es muy bien vista. Como se ha señalado, hay posturas que están en contra de que se diga que es un arbitraje forzoso. El doctor Castillo ha señalado que no lo ve como una situación

forzosa, desde mi punto de vista sí; sin embargo, no vamos a entrar a este debate, pero respecto a los arbitrajes también hay este problema de la ética y corrupción; es un tema latente y tal vez ésta es la causa por la cual se ha aprobado el código de ética, en el cual podríamos decir que se pretende desarrollar el principio de moralidad y, efectivamente, si ustedes leen el código, no está el principio de moralidad como tal, pero si leen el primer principio llamado principio de integridad, en él se dice que hay que actuar con transparencia, con probidad y se habla de la moralidad, o sea, la moralidad ha sido insertada en el principio de integridad.

Sin embargo, cuando se desarrollan las facultades del Consejo de Ética y los supuestos en los cuales se puede sancionar a un árbitro por infracciones al Código de Ética, leen todos los principios, menos el principio de integridad. No sé a qué se debe cuando se dice: «serán objeto de infracción cuando se vulnera tal principio», pero integridad no se menciona y dentro de la integridad está la moralidad. Me pregunto, ¿será porque no hay contenidos?, ¿será porque no hay manera de hacer mediciones o contrastes de las características?, ¿será eso lo que nos está faltando?

Ahora bien, sobre el arbitraje respecto del cual se dicen muy buenas cosas, la Contraloría General de la República en el 2015, que es la información que tengo, señaló que el Estado ha perdido el 70% de los arbitrajes en contrataciones públicas. Claro, debe ser contrataciones del Estado, no sólo son contrataciones públicas. Entonces, si uno lee eso, *a priori*, dice: «qué horror, ¿los árbitros son corruptos o qué está pasando?, pobre el Estado», pero también la propia Contraloría en su informe ha dicho que los arbitrajes no sólo se pierden por actos de corrupción, es posible que exista una dosis de corrupción de los árbitros, por colusiones, ustedes han escuchado que existe la posibilidad de los arbitrajes fraudulentos, pero se pierden porque se incumplen los contratos, o sea, la pérdida es porque no hay una buena gestión de los proyectos que se llevan a las contrataciones estatales.

Yo creo que es necesario también hacer una *mea culpa* de la propia administración y del Estado, y no solamente satanizar. La propia Contraloría en este informe, que lo pueden encontrar en Internet, dice que el arbitraje como proceso no es malo, no tenemos por qué satanizar el arbitraje, lo que falta es fortalecer la gestión de los proyectos de contratación.

Hace poco tuve la oportunidad de asistir a un evento de arbitraje y la doctora Elvira Martínez Coco lo dijo, la solución no está en llenarnos de códigos de ética que, sin duda son importantes, la solución no está en criticar, sino en ponerse serios y establecer buenas prácticas para la gestión de sus proyectos, porque todas las indemnizaciones que pierde y que tiene que pagar, son muchas veces fundadas por el incumplimiento del Estado. Por lo tanto, tampoco hay que decir que se pierde porque el arbitraje es malo.

Bueno, voy a saltar el fundamento del arbitraje, porque ya lo dijeron los diferentes profesores. Solamente señalar que tanto el proceso arbitral como el proceso judicial, ya sea civil o proceso único, son procesos, ninguno es mejor que otro, son procesos y tienen su base como procesos en los principios procesales generales, pero tienen sus especialidades, particularidades, porque el proceso arbitral tiene una naturaleza distinta, como ya se ha explicado, pero ambos son procesos. Lo único que no debe ocurrir, es que con las regulaciones de la Ley de Contrataciones del Estado se convierta el proceso arbitral en un proceso administrativo. Y que, con las regulaciones, incluso del Código de Ética —yo lo he leído y prácticamente establece reglas procedimentales—; esto, agregado a las reglas que se establecen en la Ley de Contrataciones, prácticamente, convierten al arbitraje en un procedimiento administrativo.

Desde mi punto de vista, la idea no es desnaturalizar el arbitraje, cuya norma es la Ley de Arbitraje. En todo caso, si queremos construir una nueva figura, un mecanismo de solución de conflictos especial para el Estado, busquemos otra categoría que responda a las necesidades del Estado. Si queremos combatir la corrupción porque tenemos miedo

de que los árbitros no actúen correctamente, entonces establezcamos otras reglas, pero no lo llamemos arbitraje administrativo o arbitraje del Estado o, como se viene desnaturalizando, arbitraje popular, arbitraje doméstico, arbitraje de consumo y cada uno quiere tener su propia parcela con diferentes disposiciones y, finalmente, queda desmembrada la institución del arbitraje.

Más allá de que la Ley de Contrataciones, como también lo han señalado los otros expositores, establece un orden de prelación para realizar el proceso arbitral, o sea, para cualquiera si habla del arbitraje, lo primero que dice es que la norma aplicable es el Decreto Legislativo n.º 1071, pero si leen a partir del artículo 45 de la Ley de Contrataciones, se dan cuenta de que deja en último lugar la ley de la materia, o sea, el decreto legislativo que regula el arbitraje.

Primero dice Constitución Política, Ley de Contrataciones y su Reglamento, normas de derecho público, para mí hay una trampita ahí. En primer lugar, está la Constitución y el artículo 139 de la Constitución dice que el arbitraje es una jurisdicción y reconoce a esa jurisdicción; y, por lo tanto, la equipara a la del Poder Judicial, tan es así que los árbitros son jueces particulares, son jueces privados y tienen una serie de principios y estos principios nadie los va a poder cercenar o limitar y uno de ellos es el principio *kompetenz-kompetenz*, mejor dicho, el principio de la competencia por la competencia; es decir, yo árbitro, dentro del reconocimiento de mis atribuciones, yo decido hasta dónde alcanza mi competencia, yo establezco «cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia»; o sea, mi objetivo principal en este proceso arbitral es resolver determinada controversia y, para llegar a eso, si puedo levantar el velo, yo lo señalo: «en este proceso arbitral mi competencia será la de poder levantar el velo». Eso es lo que permite hacer a los árbitros este principio *kompetenz-kompetenz*.

Ahora, ¿lo que estoy diciendo es una interpretación propia?, ¿se me ha ocurrido de repente? No. Lo que acabo de señalar del principio

kompetenz-kompetenz podría decirles que ya está convalidado. Si existía alguna duda, si existía algún debate sobre la posibilidad de los árbitros de decir: «puedo levantar el velo», ha sido ya confirmado por la Corte Suprema en una casación.

Este caso llega a casación por una anulación de laudo y en esa casación se reconoce que los árbitros, en ejercicio del principio *kompetenz-kompetenz*, pueden decidir levantar el velo, y en ese caso, lo hicieron. ¿Para qué? Para incorporar a un tercero, el gran debate de si los terceros que no han aceptado formar parte del arbitraje pueden o no ser incorporados; en ese caso levantaron el velo y encontraron a un tercero que estaba vinculado, que estaba relacionado con la causa, que si bien es cierto no intervino, no dijo: «yo quiero formar parte de este proceso arbitral», los intereses le alcanzaban y se había beneficiado de esa situación; por lo tanto, los árbitros, en ejercicio de su competencia, levantan el velo y dicen: «tú tercero quedas incorporado y los efectos del laudo te van a alcanzar». La Corte Suprema, repito, ya lo aceptó. Se trata de la Casación n.º 4624-2010 del 19 de diciembre del 2011.

Ahora, fíjense, si los árbitros, que son jueces particulares, pueden levantar el velo porque hay un principio que les reconoce la facultad de hacerlo, yo me pregunto por qué no lo pueden hacer los jueces, los jueces ordinarios del Poder Judicial, por qué necesitan una norma que diga «tú puedes levantar el velo para que resuelvas tu controversia» ¿Acaso el Poder Judicial no tiene más facultades, no tiene el *coertio*, no tiene más atribuciones que los árbitros? y eso es algo que uno le dice al arbitraje, que es extraordinario, que es autónomo, que no necesita del Poder Judicial ni del Código Procesal Civil; sin embargo, no tiene el *coertio*, ¿qué le pasó a la Constitución Política?, ¿qué le pasó a los constituyentes?, dijeron que era jurisdicción, pero lo dejó faltándole una rueda, ahí pasó algo, no había un sinceramiento total.

Sólo les comento que en el ámbito comercial no se levanta el velo. Seguro han escuchado que en el ámbito laboral hay una suerte de levanta-

tamiento de velo, pero no se usa ese término, lo que hacen es alcanzar a algunas personas jurídicas vinculadas, en consecuencia, del principio persecutorio de los créditos laborales, o sea por la naturaleza de las obligaciones se tiene un grupo de empresas, se establece la vinculación y son solidarias, si la obligada principal no puede pagar, entonces, paga la otra empresa del grupo. Eso ocurre en el ámbito laboral. Pero, en el ámbito comercial esto no ocurre.

Entonces, como hay un reconocimiento de que es conveniente tener una figura como el levantamiento del velo, ya en el año 2006 en esta Separata Especial «Propuesta Reforma del Código Civil», ya existía la propuesta de incorporar una modificación en el artículo 78 del Código Civil. ¿Qué dice el artículo 78 del Código Civil?, la autonomía patrimonial o la individualidad de la persona jurídica, yo no puedo tocar a los integrantes de la persona jurídica porque son dos personas distintas, entonces, ¿cuál es el efecto del levantamiento del velo?; por eso se llama velo, levanto el velo o la forma de la persona jurídica y veo qué hay detrás, lo que hago es buscar la realidad, buscar la verdad y si estos sujetos, amparándose en la forma, pretenden evadir obligaciones, yo llego a ellos y los hago responsables.

Como persona jurídica de repente no puedo, porque se ha declarado en quiebra, su capital es insuficiente, etcétera, pero si se detectan actos fraudulentos o un abuso del derecho, en ese caso sí puedo alcanzar a los verdaderos responsables, que es más o menos lo que puede ocurrir en derecho laboral, pero en el ámbito civil y comercial esto no se aplica, y la propuesta del 2011 fue que se incorpore un artículo que relativice el artículo 78 del Código Civil.

El grupo de trabajo que actualmente está viendo las propuestas, posiblemente retome el tema y, tal vez, una sorpresa sea que en pocos meses podamos ver una modificatoria que relativice y que permita a los jueces en general aplicar el levantamiento del velo. Sin embargo, personalmente les digo, que yo no estaría de acuerdo con que exista una

norma en la cual se diga que el juez puede levantar el velo. Considero que al igual que los árbitros pueden hacerlo en casos excepcionales, los jueces también deberían aplicar el levantamiento del velo, pero igual en casos excepcionales. No veo la razón por la que un crédito laboral sí pueda ser merecedor de este tipo de técnicas o decisiones y un crédito particular, no, cuando es tan importante porque forma parte de un patrimonio personal.

Entonces, ya contesté que los árbitros pueden levantar el velo y ha sido confirmado por el Poder Judicial. ¿Por qué me interesa tanto que haya sido confirmado por el Poder Judicial? Porque podría haber sido una causal de anulación; podrían haber dicho: «¿por qué has incorporado a un tercero?, has vulnerado la garantía del debido proceso», por ejemplo; pero, no se entró a ese debate, levantaron el velo y obviamente han motivado las razones por las cuales ese tercero debe ser incorporado por haber obtenido beneficios del acuerdo.

Ahora bien, ¿en la administración se puede levantar el velo? Miren que el juez no puede levantar el velo porque no hay norma que lo autoriza y podría decir de repente que los jueces son un tanto miedosos; yo también he sido jueza y queremos algo que nos respalde, algo que nos autorice; sin embargo, a nivel administrativo el propio OSCE lo aplica. Éste es un caso típico; el doctor Jorge Danós era árbitro único en determinada causa y lo recusan por ser parte del Estudio Eche copar y este estudio es, precisamente, el que patrocina a varias empresas y una de las accionistas mayoritarias es parte en la causa que este árbitro estaba conociendo. Entonces, lo recusan señalando que se duda de su imparcialidad, debido a la vinculación que existe con el grupo empresarial.

Éste es un típico caso para levantamiento de velo. En el caso de que se compruebe que, efectivamente, hay vinculación económica porque es accionista mayoritario; sin embargo, en este caso, luego del razonamiento de las causales, citando al doctor Fernando de Trazegnies, el OSCE dice: «efectivamente, existe vinculación entre los grupos empre-

sariales», ésta sería una causa para aplicar, no usa el levantamiento del velo, pero habla de «la teoría del grupo de empresas o descorrimiento de la persona jurídica», o sea, son diferentes términos, pero todos llevan al levantamiento del velo. Dice que: «efectivamente, se verifica que existe vinculación económica»; por lo tanto, digo yo, si existe vinculación económica, automáticamente debieron aceptar la recusación, porque para mí, disculpen, si existe esa vinculación económica, sí hay duda de la imparcialidad necesariamente; sin embargo, se sostiene que si bien es cierto que existe esa vinculación, pero la materia, la controversia no los vincula y no se aceptó la recusación por esa causal, aunque el árbitro por decisión propia renunció.

¿Por qué hago mención a esta resolución? Para responder a la pregunta: ¿la administración pública o el tribunal o el OSCE puede aplicar la doctrina del levantamiento del velo? Sí la puede aplicar y prueba de ello es que en esta resolución se invoca «para analizar esta causal de recusación, vamos a ver si es aplicable el descorrimiento del velo o la teoría del grupo empresarial».

Ya se agotaron mis minutos; por lo menos les transmití los cuatro puntos, he absuelto las preguntas principales que motivaron esta invitación e incido en aquéllos que tal vez están trabajando todo este tema de contrataciones, a los especialistas aquí presentes, hay que trabajar más el tema de la moral, no como algo poético, sino trabajarlo realmente. Así como nos interesamos en una teoría general del derecho, yo creo que es necesario de verdad pensar cómo podríamos materializar una teoría general de la moral, que pueda hacer coincidir el cumplimiento del deber externo con la exigencia del cumplimiento de un deber interno, no sólo en apariencia, respeto al principio de legalidad, sino que al hacerlo también estoy respetando la moralidad.

Muchísimas gracias.

LAS MODIFICACIONES EN LA NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

*Jimmy Pisfil Chafloque**

Buenas noches. Todos sabemos que desde enero existe una nueva Ley de Contrataciones del Estado, que aparentemente sería otra vez modificada, esperemos que al menos se siga bajo los mismos principios.

En realidad, es cierto que hay muchos comentarios sobre el arbitraje respecto al grado de corrupción que existiría en el medio de la contratación pública; pero, solamente como un consejo o un reparo, mucho depende de las propias partes, de a quiénes designan como árbitros para conformar un tribunal arbitral.

Yo siempre les digo a mis alumnos que mucho depende de la persona que tenemos al frente para resolver una controversia. Si es una persona que no tiene conducta ética moral, seguramente en algún momento va a subyacer ante un ofrecimiento de cualquier índole.

El capítulo que me toca exponer es el de arbitraje, sobre todo, haciendo un paralelo entre lo que está en la Ley n.º 29873 y la Ley n.º

* Abogado y maestro en derecho civil por la Universidad Particular de Chiclayo, máster en contratación pública por la Universidad de Castilla-La Mancha, España y doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asimismo, es profesor del curso de contrataciones públicas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y expositor en temas de contratación pública y arbitraje. Ha laborado como especialista de arbitraje en la Dirección de Arbitraje del OSCE y ha publicado artículos como «El arbitraje en las contrataciones públicas y la descentralización regional», publicado en la *Revista del Foro* del Colegio de Abogados de Lima.

30225, cuáles son los cambios que se han dado, comparando ambas normas. No olvidar que la ley se aplica en función a la fecha del proceso de selección, por eso son importantes sus diferencias.

La norma anterior menciona que existe la conciliación y el arbitraje; la nueva ley presenta una nueva figura para resolver los conflictos, que es la junta de resolución de disputas o, en inglés, los *dispute boards*. Sobre aquello solamente una atingencia. La decisión de esta junta no es vinculante para las partes, salvo que una de ellas la acepte o no, y la someta a controversia o arbitraje.

Son varios aspectos los que se han modificado en la Ley de Contrataciones del Estado. Primero, sobre el tipo de arbitraje. Antes, la entidad y la contratista se ponían de acuerdo en ir a un arbitraje *ad-hoc* o institucional; hoy no, el área encargada de aprobar las bases es la que decide si se va a un arbitraje institucional o a un arbitraje *ad-hoc*, ya no son las partes, ahora existe una adhesión, la voluntad de elegir el tipo de arbitraje le corresponde a la entidad al momento de aprobar las bases. Lamentablemente, ahora las reglas del juego son así.

¿Cuál es el plazo para iniciar el arbitraje? Antes era quince, hoy son treinta días hábiles. Los plazos son muy cortos en contrataciones públicas; mientras que en el derecho civil tenemos un plazo de dos años como mínimo de la responsabilidad extracontractual, dos y diez años para otro tipo de derechos, en contratación pública los plazos de caducidad son muy cortos. En el Decreto Legislativo n.º 1017 hablábamos de un plazo de diez días; diez, quince días, con la Ley n.º 29873 se dice de quince días hábiles para reclamar un derecho o someterlo a controversia, sea en conciliación o en arbitraje. En la nueva Ley de Contrataciones ahora el plazo es de treinta días hábiles.

Existen diferentes controversias, puede ser por liquidación de obra, por valorizaciones, resolución del contrato; pero, hay un tema particu-

lar, en el tema de nulidad del contrato, el legislador ha establecido que no puede haber conciliación, sí o sí pasa a arbitraje.

¿Qué otra novedad existe? Como ya se ha explicado en algún momento, ya no existe la figura del enriquecimiento sin causa y el tema indemnizatorio. Todo eso ha pasado a manos del Poder Judicial, bien o mal.

Ahora, una figura incorporada y que, ya en la práctica, se ha venido desarrollando de manera satisfactoria, es evaluar las liquidaciones consentidas. Antes no existía la figura de llevar a controversia una liquidación consentida, se decía: «si la liquidación ya está consentida, nada se puede hacer», pero en la práctica, ¿qué hemos encontrado y qué estamos corrigiendo? Cuando tenemos que participar en un tribunal arbitral y tenemos que resolver una controversia, una parte demanda el consentimiento de la liquidación por «X» monto y, la otra parte, diría «no tengo nada o mucho que hacer», recordando lo que dijo un procurador: «a veces los procuradores del Estado solamente hacemos el papel de acompañante fúnebre en el arbitraje, porque no tenemos nada que hacer porque no es nuestra responsabilidad. El agotamiento o el plazo que teníamos para hacer algún tipo de objeción a la liquidación debió pasar por la gerencia de infraestructura y nosotros como procuraduría nada tenemos que hacer».

Entonces, en el trayecto se creó una figura sobre la nulidad de la liquidación del contrato, atendiendo a lo que hace un momento la expositora decía sobre el tema moral y hablaba sobre el abuso del derecho y el fraude procesal, entonces, en el arbitraje también existen esas figuras. Se dice que tu liquidación es nula o nace nula porque contraviene lo pactado en el contrato o contraviene lo que señala la Ley de Contrataciones del Estado, que señala que una liquidación se debe presentar de manera documentada, sustentada y detallada, con los cálculos correspondientes. ¿Qué pasa si una liquidación consentida contiene un adicional de obra que no fue reconocido, no fue aprobado por la entidad?, ¿qué pasa si la propia entidad de manera expresa le denegó una ampliación de

plazo y ésta contiene gastos generales y, pese a existir dicha resolución, el contratista la consigna en su liquidación y consigna otros ítems más como, por ejemplo, una liquidación de «X» monto para ver qué dice la entidad?; le corre traslado a la entidad y la entidad dejó pasar el plazo que tenía para oponerse a esa liquidación o presentar otra? La pregunta es ¿qué podemos hacer? Entonces, se creó la figura de la demanda de nulidad del consentimiento por trasgresión a principios básicos.

Pero, eso de la práctica fue recogido por la nueva Ley de Contrataciones y se dice que también se puede someter a arbitraje el consentimiento de la liquidación. Son algunas de las nuevas modificaciones que trae la norma de contrataciones del Estado.

¿Árbitro único o tribunal arbitral? La anterior ley, la Ley n.º 29873, que modificó a la 1017, la del 2008 que vino aparejada con el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, tiene un artículo que dice que ante falta de acuerdo entre las partes sobre la conformación del tribunal arbitral, será árbitro único.

Entonces, ¿qué pasa si las partes en el convenio arbitral o en la cláusula de solución de controversias, no consignaron de manera expresa tres árbitros? Conforme vamos a ver a continuación, la cláusula *ad-hoc*, por lo general, no dice el número de árbitros y es de una resolución del contrato de una obra, bien o mal, de veinte millones y quedó resuelto el contrato a ejecución del 50% y se ven temas como ampliaciones de plazo, pago de valorizaciones, gastos generales, discrepancia en pagos o temas de reajuste de precios, ¿podrá un árbitro único resolver esas controversias, pese a que en la composición del tribunal, en las solicitudes de ida y vuelta, existía la voluntad de «A», al momento de solicitar arbitraje, de designar un árbitro para conformar un tribunal, «B» responde a la solicitud y designa un árbitro, miren que la voluntad de ambas partes es conformar un tribunal arbitral, pero en la designación del presidente del tribunal, los árbitros no se ponen de acuerdo sobre el tercero.

El artículo 2.20 de la anterior norma dice que, ante duda o falta de acuerdo, es árbitro único; pero, esto ha sido modificado con la nueva ley y ha señalado supuestos. Cuando son controversias que no están referidas a nulidad o resolución del contrato, igual o mayor a 1,000 UIT, sí o sí, pese a que las partes no han acordado el número de árbitros, deben ser tres árbitros los que conformen el colegiado.

El registro de árbitros. Existen dos tipos de registros: el conocido, que es el Registro de Árbitros o Registro de Neutrales, bajo la norma anterior; y el Registro Nacional de Árbitros. El Registro de Árbitros de OSCE es para efectos de designación residual, es donde el profesional presenta su documentación y pasa por una evaluación de conocimientos y una evaluación personal para determinar si puede acceder a este registro y, en la medida de lo posible cuando sea necesario, sea designado para resolver controversias, ya sea como árbitro único, árbitro de parte o presidente del tribunal arbitral. Pero, se dice que existen muchos árbitros de parte y cuando preguntan por Juan Pérez, no sabemos quién es, cómo es que llegó al sistema arbitral, no tiene un currículum conocido, se ha colegiado recientemente y ya es árbitro. Entonces, para ser árbitro de parte no se pedía muchos requisitos y el OSCE como que no sabía dónde ubicarlo, así como los laudos arbitrales, entonces, se creó el Registro Nacional de Árbitros de manera general, para todo aquél que desee arbitrar o sea designado árbitro por una de las partes y es obligatorio que estén inscritos en él.

La inscripción es automática, necesariamente hay que llenar ciertos requisitos, ya se le pide al árbitro que tenga ciertas condiciones, cierta experiencia según los formatos del OSCE. Los profesionales pasan por un proceso de evaluación, calificación y admisión, tanto de conocimientos como de conductas éticas morales.

La inscripción del Registro Nacional de Secretarios Arbitrales. Comparto la posición de Mario Castillo, en el sentido de que también los secretarios arbitrales tienen responsabilidades. Si bien es cierto, en el

seno del tribunal arbitral se designa a un secretario arbitral que es designado, por regla general, por el presidente del tribunal, también es cierto que éste debe asumir responsabilidad en el ejercicio de la función. ¿Qué pasa si un secretario arbitral le da información privilegiada a una de las partes?, ¿qué pasa si un secretario arbitral se colude y recibe escritos fuera de plazo, o tiene cierta preferencia por alguna de las partes o tiene algún tipo de vínculo cercano con alguna de las partes y, al momento de proyectar la resolución, podría llevar a error o confundir al tribunal? En realidad, el secretario arbitral tiene una labor muy importante en el desarrollo de las actuaciones arbitrales. Lamentablemente, en algunos casos los secretarios arbitrales subyacen ante actos impropios, es por eso que bajo la nueva norma, el legislador ha creído conveniente tener un Registro Nacional de Secretarios Arbitrales.

El OSCE tiene un Registro Nacional para designación residual, cada vez que las partes me lo soliciten y, a la vez, voy a crear un Registro Nacional de Árbitros para que a todo aquél que desee participar, el público lo conozca y pueda acceder a información básica, qué estudios tiene ese profesional, qué tipo de capacitación tiene, qué tipo de experiencia tiene, si tiene recusaciones o no, si tiene denuncias por infracción al Código de Ética, etcétera.

En el caso del Registro Nacional, para ser presidente de tribunal o ser árbitro único son las mismas condiciones ya conocidas: que acredite conocimiento de derecho administrativo, contratación pública y arbitraje. Ahora, para el secretario arbitral, ya la norma ha puesto un parámetro o una barrera, mínimamente bachiller y con algo de especialización o conocimiento en arbitraje; pero lo que falta regular y creo que merece un artículo pronto, es la responsabilidad del secretario arbitral cuando se encuentre vinculado a actos de corrupción.

La acreditación de instituciones arbitrales es otra de las figuras que el OSCE ha creído conveniente que exista en la legislación. Por experiencia, cuando trabajaba en la Dirección de Arbitraje del OSCE, era

muy difícil que los centros de arbitraje remitan los laudos arbitrales, había que reiterarles comunicaciones para que remitan los laudos arbitrales que habían tenido durante los últimos cinco años y nadie lo regulaba en temas de contratación pública. Si bien es cierto todas las cámaras de comercio en el Perú tienen su centro de arbitraje o casi la mayoría, pero en la realidad no todos ellos están implementados. Por ejemplo, hay algunos fuera de Lima que no tienen página web, no tienen reglamento arbitral, no tienen consejo superior de arbitraje y no tienen lo más esencial, infraestructura o personal profesional capacitado.

En cuanto al tema de los gastos arbitrales, existe cierto marco imperativo que ha generado en el tiempo una distorsión hacia el arbitraje. Un ejemplo de esto es que el árbitro cobra mucho, consigna honorarios por encima de la controversia o casi llega a la controversia. Yo recuerdo un caso de un árbitro único en el que la controversia era de 150,000 soles y se consignó como honorarios 50,000 soles; entonces, mi labor como especialista en la dirección era que este señor corrija su conducta o, en todo caso, que vea la realidad de las cosas. Bien o mal, no hizo caso a las recomendaciones de la Dirección de Arbitraje y generó entre las partes una barrera de acceso a la justicia y el caso se archivó.

Ese tipo de acciones lucrativas en contravención a lo que establecía la tabla de aranceles del OSCE, se ha venido regulando desde el año 2012. En tema de contratación pública, nadie puede cobrar más allá de lo que establece la tabla de aranceles el OSCE; ése es un gran paso que dio el OSCE, a efectos de regular este tipo de cobros.

¿Cuál es la diferencia entre la norma anterior y la nueva? Ahora lo que busca el tema de los gastos arbitrales es que exista celeridad por parte del tribunal arbitral para resolver prontamente el arbitraje, que es lo que todos quieren. Entonces, si un árbitro es retirado en la etapa postulatoria, más o menos devuelve el 97%; entonces, a nadie que participe en un tribunal, si se retira o lo retiran por una recusación u otra

forma, la devolución es mayor. Esto va a generar de ahora en adelante un título ejecutivo.

Hay una situación especial, desde la Directiva n.º 021-2016, vigente desde el 16 de enero de 2016, si usted presenta una solicitud de devolución de gastos arbitrales o presenta una solicitud de liquidación o de reliquidación para que el OSCE las revise, le es aplicable desde el 16 de enero para todo tipo de controversias preexistentes. El trámite de devolución se presenta ante la Dirección de Arbitraje, usted puede pedir la devolución de gastos arbitrales porque el árbitro renunció, porque declararon fundada la recusación, o porque la otra parte estuvo de acuerdo con la recusación o por remoción.

La figura de la remoción y las otras dos que he mencionado no estaban en la norma anterior, ahora ya se encuentran. Pero, sobre la remoción yo tengo ciertos reparos y les digo por qué. ¿En qué consiste la remoción?, «A» y «B», que son partes del proceso, se ponen de acuerdo para que todo el tribunal o un árbitro de ese tribunal pueda ya no participar en el proceso. Eso puede suceder en el arbitraje comercial sin mayor inconveniente, porque cada parte puede decir «yo estoy de acuerdo que cuando designamos este tribunal era para resolver nuestra controversia bajo ciertos parámetros, entre ellos la celeridad y que no cobren de forma excesiva»; pero en contratación pública yo tengo ciertos reparos. Supongamos que el contratista designó a «X» como árbitro y el 20 de enero de 2016, la entidad designó a Juan Pérez como árbitro, saben que ese árbitro es correcto y no hay forma de que pueda caer en algún tipo de acto corrupto. Para el 25 de octubre de 2016, como es regular en el Estado, cambian de procurador público y éste considera que el árbitro es intransigente y busca removerlo.

Me parece que el Estado no ha tomado en cuenta esa previsión y podría ser que bajo esa figura el Estado genere su propia indefensión; y ¿el Estado quién es?, ¿es acaso el titular de la entidad que, temporalmente, ganó una elección? o ¿el Estado representa a todos los ciudadanos?

Los efectos de la decisión de ese tribunal, posiblemente, se ven reflejados en temas económicos en favor o en contra de una de las partes. Entonces, yo creo que ahí debemos tener cierto reparo, en esa posición bajo la figura de la remoción.

Bueno, sobre la custodia del expediente, yo también comparto la posición de que diez años es un exceso. En todo caso, yo soy mucho más flexible, diría un año de custodia, me parece suficiente o hasta que culmine el proceso y el laudo quede consentido.

Sobre el Código de Ética. Muchos árbitros ya conocidos, han pasado por procedimientos de infracción al código, el mayor de ellos es faltar al deber de revelación y con esto voy a terminar. «X» persona denunciaba a un tribunal o a un árbitro único, se sancionó, pero esa resolución no pudo persistir. ¿Por qué? Porque le dice «yo soy más que tú, tú Tribunal de Contrataciones eres un tribunal administrativo, yo soy un tribunal arbitral y tengo jurisdicción, mi poder viene desde la Constitución Política del Perú y me lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, así que no me puedes sancionar. No existe infracción tipificada de manera expresa de cuál ha sido la infracción que yo he cometido y tampoco dice de manera expresa cuál es la sanción que debo recibir».

Eso ha sido incorporado y ya existe un Consejo de Ética, con tres miembros designados por el Estado, que deben cumplir ciertas condiciones, veinte años de experiencia, o de abogado diez años en la especialidad, etcétera. Y ya existen supuestos de infracción sancionables por el Consejo de Ética, entre ellos, el principio de transparencia, de independencia e imparcialidad. Las sanciones para los árbitros son la amonestación, suspensión por cinco años y, lo que yo digo, el destierro, la inhabilitación definitiva.

¿Qué es el deber de revelación? Es la obligación del posible árbitro para aceptar el cargo. ¿Qué debe revelar?

Con esto culmino. El árbitro debe revelar todo hecho que esté vinculado a las partes. Un ejemplo, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones designa a Juan Pérez y «Juan Sin Tierra» es designado por el contratista, pero «Juan Sin Tierra» fue designado por ese contratista diez veces, ahí no está el pecado. ¿Dónde está el pecado o la causal? En que «Juan Sin Tierra», cuando acepta una nueva controversia, no menciona los diez arbitrajes en los que fue designado por esa parte. Ése es el hecho que se castiga.

¿Qué debo tener en cuenta para aceptar una designación? Si a mí me designa una de las partes, debo tener en cuenta la solicitud de arbitraje, la respuesta a la solicitud de arbitraje, el contrato, para saber quiénes son las partes y qué vínculo contractual existe para que sobre aquello, yo pueda declarar.

Aquí, el legislador ha dicho que no se puede sustentar como exclusión de responsabilidad el «no sabía». El árbitro en el momento propuesto, debe tomar todas las diligencias necesarias, a efectos de averiguar de manera minuciosa si encuentra algún tipo de incompatibilidad para aceptar el cargo. Una *praxis* errónea del deber de revelación, es mencionar una de las partes y no la otra. El tema de revelación es amplio y merece otra exposición.

Muchas gracias por su atención.

LA PARANOIA DE LA JERARQUÍA NORMATIVA Y LA ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

*Andrés Talavera Cano**

Bueno, gracias a los sobrevivientes. Como sé que es muy tarde, voy a tratar de ser muy puntual.

Básicamente, voy a hablar sobre tres cosas, el «Triángulo de las Bermudas» con los laudos que han sido llevados por la jerarquía normativa establecida por la Ley de Contrataciones, el árbitro paranoico porque pueden anularle el laudo; y, finalmente, cuál es la cura que ha establecido la nueva Ley de Contrataciones.

Usted tiene la oportunidad de ver ahí el «Triángulo de las Bermudas», son tres sentencias básicamente. Una es la sentencia del Ministerio de Transportes y Comunicaciones con Obrascón, y la llamo la sentencia de la creatividad, ya vamos a saber por qué; la segunda es la sentencia de Sunat con Toralva, a la que llamo sentencia del juez árbitro; y la última es la sentencia de Sunat con Arte Express y ésta es la sentencia de la contradicción.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido profesor de los cursos de acto jurídico, contratos, responsabilidad civil, destrezas legales y seminario de derecho civil en la Universidad del Pacífico. Se ha desempeñado como abogado patrocinante en procesos arbitrales y ha sido designado como secretario arbitral *ad-hoc* en arbitrajes seguidos entre empresas privadas y entre entidades estatales y empresas privadas. Ha elaborado reportes como experto legal para ser presentados ante tribunales, sobre materias referidas a arbitraje y derecho civil.

Creo que más temprano estuvo el doctor Wong Abad, con él hemos discutido este tema, tenemos impresiones distintas, pero creo que es lo sano en este tipo de debates y creo que ya todos conocen la causal de anulación por incumplimiento de jerarquía normativa. Se debe mantener obligatoriamente un orden de preferencia en la aplicación del derecho y el incumplimiento es causal de anulación. Además, el numeral 8 de ese mismo artículo 52 dice que los árbitros deben «sustentar el apartarse cuando corresponda del orden de prelación previsto en el numeral 52.3 del presente artículo».

Entonces, ¿qué quiere decir? Tiene que seguir la jerarquía normativa, sí; pero, puede sustentar cuándo es que puede apartarse. Si entramos a la cabeza del árbitro, tenemos a un juez que le dice que tiene que seguir la jerarquía, que si no sigue la jerarquía tiene que sustentar por qué se aparta y que si no cumple con esas dos cosas le anulará el laudo. Entonces, el árbitro se pregunta si cumplió o no con la jerarquía normativa, una vez que dio a luz a su hijo que es el laudo.

Ésta es la imagen que genera la paranoia en la jerarquía normativa y ustedes me preguntarán de dónde saco la palabra paranoia. Hace poco estuve en un evento en Sao Paulo, donde se hablaba de la paranoia del *due process*, del debido proceso en arbitrajes internacionales y cómo es que los árbitros accedían a pedidos de última hora de las partes, para evitar que las partes, dijeran que no habían tenido oportunidad de presentar su caso. Lo que ha generado la Ley de Contrataciones, ahora vamos a ver cuál ha sido la cura, ha sido efectivamente eso, y vamos a ver cómo los jueces han lidiado con esa paranoia, porque un árbitro que tiene que resolver va a tener que tomar en cuenta este artículo 52.

Veamos una sentencia de la Primera Sala Comercial. Ésta es la sentencia de la creatividad. Si bien el laudo no fue anulado, es importante lo que comenta la sala sobre esta causal de anulación de laudo por infracción de la jerarquía normativa. Aquí el Ministerio de Transportes y Comunicaciones da un elixir a los procesalistas y dice: «el laudo adolece

de una motivación incongruente, aparente y defectuosa vulnerando el derecho constitucional a una debida motivación».

Para las personas que se dedican al arbitraje, como en mi caso, yo no me dedico a ver temas en el Poder Judicial, esto es un trabalenguas, los estándares en motivación en la Ley de Arbitraje no existen; pero bueno, así son los planteamientos. Si escuchan a los procesalistas, van a tener discusiones sobre el debido proceso, sobre la debida motivación, en fin, la Ley de Arbitraje es bastante clara, un laudo debe ser motivado y punto.

Finalmente, lo que dice el Ministerio de Transportes y Comunicaciones es que se había infringido la jerarquía normativa, porque se había aplicado el Código Civil por sobre el artículo 201, que estaba vinculado a un tema de penalidades.

Lo más importante aquí es que en la sentencia lo que dicen los señores jueces de la sala comercial es que, en estricto, la Ley de Contrataciones cuando generó esta causal de anulación por incumplimiento de jerarquía normativa, no creó nada. Eso ya estaba regulado en un bendito cajón de sastre, que es el artículo 63 y ¿por qué digo bendito cajón de sastre?, porque para ellos esto, como un estándar de motivación, estaba incluido en la causal de anulación cuando dicen que una de las partes no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos.

Para los jueces de la primera sala, esta causal de anulación ya existía y estaba incluida en esta causal; es decir, la Ley de Contrataciones no hizo nada nuevo.

El único problema es que cuando ellos hacen una evaluación de cómo aplicar esta causal de incumplimiento de la jerarquía normativa, llegan a la conclusión de que corresponde a un determinado criterio de motivación de los árbitros.

Aquí me permito regresar un poco a lo que habíamos conversado hace un par de minutos. ¿Se acuerdan de que el árbitro tenía que seguir la jerarquía normativa o, si no seguía esa jerarquía normativa, podía sustentar el porqué se apartaba? Entonces, si de acuerdo a estos señores jueces de la primera sala, eso puede ser evaluado, quiere decir que van a evaluar la motivación del árbitro de si siguió o no la jerarquía normativa. Sólo quiero que se queden con esa idea porque la sentencia que viene es aún más interesante.

Entonces, la primera sala dijo que esto ya estaba dentro del artículo 63; es una causal de anulación que ya existía, efectivamente, es un criterio de motivación que utilizan los árbitros y, en pocas palabras, lo que están diciendo es: «yo voy a evaluar si cumpliste o no con la jerarquía normativa y tu sustento de por qué te apartaste de la jerarquía normativa».

Ésta es la imagen que podría tener el árbitro, yo la tendría si me dicen que van a evaluar mis temas de fondo y ahí empiezo a darles esta idea, temas de fondo, van a evaluar el razonamiento jurídico del árbitro; y, lamentablemente, un recurso de anulación no sirve como apelación. Nos guste o no nos guste, en la Ley n.º 26572 había apelación, ahora no la hay; en la nueva Ley de Arbitraje no hay apelación y era apelación arbitral, no era ante los jueces, era ante árbitros. La anulación puede ser todo lo que quieran, pero no es apelación, no sirve para evaluar los argumentos de fondo de los árbitros.

Ahora vemos la sentencia Sunat con Toralva, que es esta sentencia del juez árbitro. Aquí sí anulan un laudo, era de una árbitro única; y, básicamente, ¿por qué? Porque aplicó el Código Civil. ¿Cómo aplicó el Código Civil? Hizo su interpretación del caso concreto, de los hechos, en particular, y estableció que debería aplicarse la aceptación tácita que no estaba regulada en la Ley de Contrataciones. ¿Qué es lo que hizo la árbitro única? Identificar un vacío.

Se acuerdan de ese rollo del sustento si me aparto de la jerarquía normativa. Bueno, lo sustentó; sustentó por qué quería apartarse de esa jerarquía normativa y no estoy haciendo un juicio, porque es como si fuera un juez que realmente tendría que hacer lo que tiene que hacer, de si esto estuvo bien o mal, simplemente lo sustentó, porque sino estaríamos ante una apelación.

Entonces, ¿qué es lo que dicen en este caso los jueces árbitros? Primero dicen que cuando esta señora árbitro único aplicó la aceptación tácita, debió aplicar otras normas de derecho administrativo y dicen «sólo a manera de ejemplo, la Ley del Procedimiento Administrativo General —no sé cómo— o la Ley n.º 29060 —que es la Ley del Silencio Administrativo— cuyo objetivo descarta su examen valorativo y jurídico no mereció explicación alguna».

Lo que había hecho la árbitro único fue identificar que no estaba regulada la aceptación tácita, ni en las normas de contrataciones, ni en las normas de derecho administrativo; por ende se fue al Código Civil. Entonces, para la sala el haber aplicado la aceptación tácita, se decidía en una causal de anulación por vulneración al debido proceso. Pero, lo más divertido es lo siguiente: ahí los jueces se ponen el overol de árbitros, porque dicen que si ellos hubieran seguido el Código Civil, al menos hubieran hecho una interpretación sistemática de los artículos.

Si eso no es un análisis del fondo de la decisión, no sé qué es. Si el recurso de anulación es utilizado para evaluar los análisis de fondo de los árbitros, estamos desnaturalizando no sólo ese recurso de anulación, sino estamos eliminando al Perú como sede de los arbitrajes internacionales.

Entonces, finalmente, declaran nulo el laudo porque supuestamente se ha infringido la jerarquía normativa y, básicamente, porque se aplicó el Código Civil. Aquí están en el éxtasis de la paranoia, «aplicas el Código Civil y te anulo el laudo».

La última sentencia de la segunda sala es la sentencia de Sunat con Arte Express. Aquí no anulan el laudo, pero tratan de dar unas directrices y seguro esta sentencia ha sido comentada por el doctor Wong. Aquí dice que para aplicar esta causal de anulación, se requiere que se haga «una aplicación de una norma de rango secundario en colisión, contradicción o incompatibilidad con una norma de rango preferente, debiendo dicha contradicción ser manifiesta o evidente a partir del coitejo —y aquí viene la parte— del derecho positivo implicado sobre la base de los hechos considerados probados en el arbitraje».

Uno aplica el derecho a los hechos que las partes presentan y, a partir de eso, tiene un razonamiento jurídico y ese razonamiento es el que nos lleva a resolver la controversia. Si el juez me va a decir que el derecho que yo apliqué a los hechos conforme yo los interpreté, estaba mal, ése es un análisis de fondo, ésa es una apelación y ¿saben quién lo dice?, los jueces en esa misma sentencia en un párrafo siguiente, dicen: «[...] de modo tal, que no corresponde a esta instancia de control judicial imponer una determinada opción de selección e interpretación del derecho sobre la base de una diferente valoración de los hechos alegados en el arbitraje».

Es por eso que la llamo la sentencia de la contradicción. Te dice cuándo es que va a aplicar la causal de anulación por incumplimiento de la jerarquía normativa; pero, luego, inmediatamente después te dice lo que no va a hacer. En conclusión —y es por eso que les digo que hay una contradicción—, encuentro, salvo esa sentencia del juez árbitro que se mete a ver los temas de fondo, encuentro difícil y espero que lo encuentren así de difícil los jueces de la primera y de la segunda sala, aplicar esa causal de la jerarquía normativa.

Entonces, hemos visto esas tres sentencias que forman ese «Triángulo de las Bermudas», por lo menos hasta ahora sé sólo de un laudo, los demás han sido descartados, solamente se han dado estas ideas creativas o de interpretación y, efectivamente, ha generado una paranoia.

No es el primer evento al que vengo a hablar de esta jerarquía normativa, son como cuatro eventos a los que me han llamado para hablar solamente de ese tema. Los árbitros no saben qué hacer, porque en un caso ya anularon y pusieron el acelerador hasta trescientos, y en los demás han dicho lo que van a hacer, pero no te han dicho cómo. Entonces, claramente están paranoicos, porque anular a un laudo es como matar a tu hijo y uno sabe que, si un árbitro sufre la anulación de un laudo, eso va a verse claramente reflejado en sus designaciones.

Ustedes dirán «sí, claro, pero ésta es tu interpretación de los hechos; pero, la norma está así». ¿Qué es lo que ha hecho el legislador? El legislador ya le puso paños fríos a este tema, ya lo vio clarísimo y estableció una cura para esta paranoia. Sigue manteniendo el mismo rollo, manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia, esta disposición es de orden público, alguien ha querido sacar algo de orden público como una causal de anulación encubierta, no sé dónde, el orden público de las causales de anulación en la Ley de Arbitraje es para temas internacionales, orden público internacional.

Y, ¿qué es lo que ha eliminado? Absolutamente, todo lo demás y, más allá de lo que ha eliminado —que eso lo pueden ver en la nueva ley—, lo más importante, y quiero que se queden con esa idea, es lo que dice la Exposición de Motivos. La exposición de motivos dice que se ha eliminado, específicamente, la causal de anulación de jerarquía normativa, porque podría implicar un análisis con el respectivo pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Esto que les he comentado, las sentencias que hemos visto, no lo digo yo, esto lo ha visto el propio legislador y el legislador se ha dado cuenta que, si mantiene esa causal de anulación, van a haber pronunciamientos sobre el fondo. Entonces, esta sentencia creativa de la primera sala donde dice que esta causal ya estaba incluida, ya no puede ir en contra de lo que dice el legislador; el legislador ya dijo que el incumplimiento de la jerarquía normativa no es una causal de anulación.

Entonces, quien quiera ser creativo para mantener esa causal de anulación, incluso después de esta modificación de la ley, va a tener un problema, va a tener responsabilidad. Y, como les dije, mi segundo comentario, ¿cómo van a aplicar ese incumplimiento de la jerarquía normativa? No lo sé; pero si son así de creativos como en la primera sentencia, debo admitir que voy a estar seriamente preocupado.

Ése es un resumen de las tres sentencias que hemos visto. El laudo con esto, finalmente ha resucitado, ya no está en el santo sepulcro, ya finalmente los árbitros pueden respirar, ya saben que no van a tener anulaciones por incumplimiento de la jerarquía normativa, porque eso supone analizar el fondo.

Y, como reflexiones finales, ya con esto no los aburro más. Ni uno menos, ni un laudo menos, la pobre árbitro único ha sido la que ha sufrido como conejillo de indias por la aplicación de esta causal de incumplimiento de la jerarquía normativa. Ya el legislador ha dicho no a esta causal, ¿por qué? Porque eso es fondo. ¿Cuáles son mis reflexiones y recomendaciones? Si quieres un laudo que esté basado en la Ley de Contrataciones y en derecho administrativo, busca un árbitro con ese perfil, hagan su chamba, o pídanles a sus abogados que hagan su chamba.

Finalmente, les dejo esta reflexión. El Reglamento de la ley define al contrato como «el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la ley y del presente reglamento». Es un bicho raro, si lo comparamos con el Código Civil, pero raro en el buen sentido, dice «conforme a la ley y al reglamento», entonces busquemos especialistas, designemos especialistas.

Segundo, planteen sus casos siguiendo la jerarquía normativa y van a entender este segundo paso con el tercero. No me refiero a la Constitución, pero sí a la Ley de Contrataciones y a su Reglamento, citen autores que interpretan esos artículos de la ley y el reglamento o, finalmente, pronunciamientos de la Dirección Técnica Normativa que interpreten

esos artículos, porque después si el árbitro —y estamos hablando de este «Triángulo de las Bermudas», ya no de los contratos que están regidos bajo la nueva ley—, por decirles algún supuesto, se olvidó de sustentar por qué se apartó de la jerarquía normativa, exíjanle a través de una solicitud de integración o de interpretación, que justifique por qué se ha apartado de esa jerarquía normativa. Eso sólo lo va a poder hacer si es un árbitro preparado, con la misma jerarquía normativa de la Ley y el Reglamento de Contrataciones; y, en fin, en el ámbito del derecho administrativo.

Yo recuerdo que en un evento coincidimos con el doctor Ricardo Salazar y tenía una serie de referencias doctrinarias y de tratados por temas de derecho administrativo y la Ley de Contrataciones. Yo tuve la suerte de estar trabajando en OSCE mientras él era presidente del Tribunal de Contrataciones. Entonces, sí hay gente que se dedica al derecho administrativo, sí hay gente que sabe de la Ley y el Reglamento de Contrataciones, désígnenlos entonces, pero no pidan el recurso de anulación para algo para lo que no está diseñado, no está diseñado para analizar los temas de fondo.

Si perdieron su caso, salvo que sea por los temas formales dentro de las causales de anulación, piña; si no convencieron a su árbitro porque no hicieron bien su chamba, piña; si su árbitro fue corrupto, hay otras salidas y están todos los casos de los laudos de Orellana. Pero, si hay un tema de fondo con el cual ustedes no están de acuerdo, bueno recuerden que están en el arbitraje, no están en un proceso judicial.

Y ya como reflexión final, agradeciéndoles su paciencia, sé que ya es tarde, no a los jueces legisladores. Si el legislador ha resucitado el laudo porque se dio cuenta que aplicar la causal de anulación por incumplimiento de jerarquía normativa era matarlo, que el juez no lo vuelva a crucificar, que los jueces no se pongan creativos y lo vuelvan a crucificar, ya resucitó, el legislador lo hizo resucitar. Y, finalmente, el incumplimiento de la jerarquía normativa, claro, conforme a la nueva ley, no es

una causal de anulación. Conforme a este margen que ha generado el «Triángulo de las Bermudas» con esa modificación que incorporó esta causal de anulación, sí es una causal de anulación, pero no sé cómo los jueces van a aplicarla para no ver el fondo, se los digo sinceramente.

Además, hay un plus. Si un juez emite un pronunciamiento y se pronuncia, valga la redundancia, sobre los temas de fondo, incurre en responsabilidad.

Eso sería todo.

Muchísimas gracias por su paciencia.

PALABRAS FINALES

Roger Vidal Ramos

A nombre del Instituto Peruano de Derecho Civil, agradecemos a cada uno de ustedes por su participación.

Gracias.

II CONGRESO NACIONAL DE CONTRATACIONES
ESTATALES Y ARBITRAJE 2016
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
MARZO DEL 2019, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 445-8011
LIMA 18, PERÚ

