

**ACTAS DEL TERCER SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN
EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO
GICE 2018**

Volumen 67 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Actas del Tercer Seminario de Actualización en Contrataciones con el Estado GICE 2018

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



**ASOCIACION
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PRIVADO**

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ACTAS DEL TERCER SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO GICE 2018

- © 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

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

- © GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN CONTRATACIONES DEL ESTADO (GICE)
UPC Monterrico (Facultad de Derecho).
Prolongación Primavera 2390, Cercado de Lima 15023
Telf. 943627628
gicegrupo@gmail.com

Primera edición, mayo 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 2019-06124

ISBN: 978-612-4400-15-5

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	9
Palabras de bienvenida de Erika Bedoya	13
Palabras de bienvenida de Lesly Shica	14
Primer panel: Modificaciones al contrato, mayores costos y equilibrio contractual	17
<i>Julio Olórtogui Huamán (moderador)</i>	
<i>Ricardo Gandolfo Cortés</i>	
<i>Sandro Hernández Diez</i>	
<i>Enrique Johanson Cervantes</i>	
<i>Martín Zecenarro Flores</i>	
Segundo panel: Penalidad por mora y otras penalidades	35
<i>Elvira Martínez Coco</i>	
<i>Daniel Triveño Daz</i>	
<i>Jorge Abel Ruiz Bautista</i>	
<i>Alithú Mattos (moderadora)</i>	
Tercer panel: Resolución contractual	49
<i>Alberto Montezuma Chirinos</i>	
<i>Marco Antonio Martínez Zamora</i>	
<i>Ahmed Manyari Zea</i>	
<i>Juan Carlos Pinto Escobedo</i>	
<i>Juan Carlos González Salinas (moderador)</i>	

Cuarto panel: Indemnización por inexecución contractual 57

Alfredo Soria Aguilar

José Zegarra Pinto

Rodrigo Freitas Cabanillas

Jorge López Fung

Sonia Queija Alvarado (moderadora)

Palabras del doctor Mario Castillo Freyre –Presentación del libro *Actas del II Seminario de Actualización en Contrataciones con el Estado - GICE 2017* 75

Quinto panel: Arbitraje en contrataciones con el Estado 79

Enrique Ferrando Gamarra

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio

Mario Castillo Freyre

Lesly Shica Seguil (moderadora)

NOTA DEL EDITOR

Constituye enorme placer para mí el redactar esta nota, correspondiente al volumen 67 de la *Biblioteca de Arbitraje*, titulado *Actas del Tercer Seminario de Actualización en Contrataciones con el Estado - GICE 2018*.

Como conocen nuestros lectores, el Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado (GICE), fue constituido hace algunos años por alumnos y profesores de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), y desde su creación viene realizando intensa actividad académica, la misma que tiene como uno de sus aspectos más notorios la organización de seminarios y congresos.

Es sabido que dentro de la materia de las contrataciones con el Estado, el arbitraje constituye uno de los aspectos de mayor relevancia y permanente debate, lo que también se refleja en las actividades del GICE.

De esta manera, la *Biblioteca de Arbitraje* publica la segunda obra que recopila un evento realizado por el GICE (la anterior fue el volumen 51), y lo hacemos de la manera más entusiasta, coincidiendo con la habitual actitud que el referido grupo académico pone en cada una de las actividades que lleva adelante.

El Seminario que publicamos en este volumen contó con la participación de dos docenas de profesores, académicos y abogados en ejercicio, que expusieron y debatieron sobre los más diversos temas, tales como: las modificaciones al contrato, mayores costos y equilibrio contractual; penalidad por mora y otras penalidades; resolución con-

tractual; indemnización por inexecución contractual; y arbitraje en contrataciones con el Estado.

Dada la dinámica del referido Seminario, el lector podrá encontrar en esta obra textos de ágil lectura sobre aspectos de gran actualidad y vigencia.

No quiero terminar estas líneas sin resaltar la labor que realiza Lesly Shica Seguil, actual presidenta del GICE, quien, sin duda, constituye un pilar fundamental en esta institución y cuyo incansable trabajo es digno de todo elogio.

Guardo especialísimo cariño por Lesly, con quien tengo una gran amistad desde hace dos años, y comparto —junto con varios miembros de mi generación— la idea de que ella constituye un notable valor para el Perú, sobre todo por su permanente preocupación en lo que respecta al recto y eficiente ejercicio de la función pública.

Lesly tiene un gran amor por nuestro país y siempre he sido testigo de que todas las actividades que realiza —tanto en la función pública como en la privada— están encaminadas a lograr el mejoramiento y el bienestar de la Patria.

Frente a un personaje tan joven, con tanto talento y enormes condiciones, es deber de quienes doblamos sus años, el apoyar —de la manera más decidida— todos sus emprendimientos, porque ellos sólo traen beneficios al Perú, su permanente norte, guía y pasión.

También debo felicitar a quienes, además de Lesly Shica, integran el Consejo Directivo del GICE: Camila Castro, Diana Centeno y Miguel Reyes, sin cuyo trabajo no serían posibles los éxitos de esta institución.

Finalmente, quiero expresar mi reconocimiento al profesor Alfredo Soria Alarcón, quien asesora permanentemente al GICE en estas ma-

terias y quien, a su vez, ha sido docente de varios de los integrantes de este grupo. No cabe duda de que su labor ha rendido y sigue rindiendo frutos.

Lima, abril del 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.

III SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO

I. PALABRAS DE BIENVENIDA DE ERIKA BEDOYA

Buenas tardes con todos, bienvenidos. Es un gusto encontrarme con exalumnos, ver a alumnos y recibirlos en un evento académico, además, que, de alguna manera, inaugura el Semestre 2018-I de la Facultad de Derecho de la UPC.

Lucho García Corrochano, nuestro decano de la Facultad de Derecho, lamentablemente no nos puede acompañar, pero quiero mandarles de parte de él, también, sus saludos y felicitación al Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado de la UPC, formado por nuestros alumnos de la universidad, formado también hoy por exalumnos, bajo el liderazgo de nuestro querido profesor Alfredo Soria, quien nos acompaña y a quien le agradecemos.

Siempre es un orgullo para la universidad tener la presencia de profesores en una dinámica de interacción con los alumnos y ver cómo los alumnos, a través de los grupos de investigación, van consolidándose, no solamente en el quehacer jurídico y de investigación, sino también formando conocimiento a través de eventos como éste, en el cual, tenemos el III Seminario de Actualización en Contrataciones con el Estado.

Es para la universidad, además, una prueba más de que estamos en el camino correcto. Estamos realizando actividades que van de la mano con la misión de la universidad, que es la de formar líderes profesionales

íntegros, que puedan, además, con sus actividades y con la dinámica de aprendizaje, construir y transformar el país.

Para mí, además, como miembro de la Facultad de Derecho y egresada de una maestría en derecho de la UPC, como exalumna, además, de la UPC, es una enorme alegría ver cómo alumnos y los exalumnos, de la mano de los profesores, ven crecer estas dinámicas de aprendizaje.

Quiero agradecer también a Kelly Jaimes, exalumna de la facultad, quien es ahora la representante de la Facultad de Derecho en el *campus*, quien está aquí, y darle la bienvenida a los expositores. En algún momento van a presentar a cada uno, no quiero olvidar a ninguno, así que eso lo voy a dejar a nuestra maestra de ceremonias.

Aprendamos hoy día, demos una pausa en esta hora en que vamos a conversar sobre contrataciones del Estado, escuchemos a los alumnos, a los exalumnos y a los profesores de esta casa de estudios, y también de otras universidades, que hoy nos visitan.

Felicito al Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado; a quien lo dirige, que es Lesly Shica; a Camila Castro, quienes con una dosis de creatividad y también de mucha responsabilidad, al lado de Alfredo, continúan en este camino de dar un grano de arena y fomentar la investigación en lo que es contrataciones del Estado.

Así que buenas tardes y aprovechemos mucho esta tarde.

Muchas gracias.

II. PALABRAS DE BIENVENIDA DE LESLY SHICA

Bien, nuevamente, muy buenas tardes a todos los participantes. En realidad, para esta tercera edición de nuestro Seminario de Actualización en

Contrataciones con el Estado he querido ser, particularmente, reflexiva con la situación actual que estamos viviendo como ciudadanos, como comunidad, como sociedad de nuestro querido país, el Perú. Entonces, me he propuesto compartir con ustedes una reflexión profunda con el sentimiento de identidad nacional y de patria que se va consolidando en mí a través de los años.

Entonces, les quería comentar que cuando realizamos la segunda edición de este Seminario de Actualización en Contrataciones con el Estado, que fue el año pasado, precisamos y siempre lo hemos recalcado, que era nuestro objetivo crear constantemente espacios de diálogo, de discusión profesional, proponer nuevas estrategias alternativas públicas para optimizar el adecuado mecanismo de compra de bienes y servicios de nuestras instituciones del Estado, llamando siempre la atención de manera particular y firme, a una lucha frontal —aunque suene a cliché—contra la corrupción; y, nuevamente, contra las situaciones actuales que vivimos en distintas entidades del Estado, enaltecendo siempre y tratando de mejorar la moralidad y la ética pública.

Nuestro GICE se caracteriza por hacer una constante sinergia entre el conocimiento profesional, nuevamente con la ética, con la moralidad, y aplicado esto a la realidad actual, porque la juventud y el tesoro de la experiencia que tienen los profesores que nos acompañan constantemente, hacen esa sinergia, esa combinación que va a hacer que podamos nosotros lograr formar y consolidar profesionales que sean conscientes y que puedan dirigir nuestro país.

Yo quisiera resaltar y enaltecer la labor de todos los compañeros que nos apoyan en nuestro GICE, a nuestros profesores asesores y a los que nos acompañan con todos sus conocimientos, por darse este tiempo.

Espero que disfruten las cinco horas que se vienen en adelante para poder llevarnos un resultado especial.

No olviden que hoy también presentaremos nuestro libro del II Seminario de Actualización en Contrataciones con el Estado, auspiciado por la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre.

Sin más palabras, comencemos de una vez, con toda la riqueza de nuestros profesores.

Muchísimas gracias.

PRIMER PANEL: MODIFICACIONES AL CONTRATO, MAYORES COSTOS Y EQUILIBRIO CONTRACTUAL

*Julio Olórtegui Huamán (moderador)*¹

*Ricardo Gandolfo Cortés*²

*Sandro Hernández Diez*³

*Enrique Johanson Cervantes*⁴

*Martín Zecenarro Flores*⁵

Julio Olórtegui Huamán: Buenas tardes a todos, gracias por venir. Tengo la oportunidad y el gusto de ser el moderador de este primer panel sobre un tema tan interesante.

¹ Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, con práctica en las áreas de derecho civil y arbitraje internacional. Ha sido pasante en Dechert LLP París, en el área de arbitraje internacional, miembro del equipo que representó a la UPC en la octava edición de la Competencia Internacional de Arbitraje del 2015.

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en contrataciones con el Estado. Ha intervenido en la redacción de la mayoría de anteproyectos y leyes redactados en contrataciones con el Estado.

³ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de postgrado en gestión estratégica de contrataciones y adquisiciones; magíster en ciencia política, con mención en gerencia pública por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

⁴ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de postgrado en arbitraje internacional y derecho de la construcción. Actualmente, se desempeña como asociado principal del Estudio Echecopar.

⁵ Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de postgrado en propiedad intelectual y competencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú y en concesiones por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Alguna vez un profesor me dijo que la mejor forma de comenzar una discusión es con preguntas cortas y puntuales, así que la primera pregunta que abrirá el presente debate se la haré al doctor Gandolfo: ¿qué es el equilibrio económico financiero de un contrato?

Ricardo Gandolfo Cortés: Muchas gracias a ustedes y, especialmente, al Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado, por permitirme estar en este evento.

El equilibrio del contrato es el punto de partida del contrato. Es sintomático cómo la Ley de Contrataciones del Estado, en su evolución desde el año 1997, en que fue promulgada la primera Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado —así denominada con el correr de los años—, ha ido restringiendo el campo de las posibles pretensiones que los contratistas podían formular a las entidades, ha ido restringiendo los mecanismos a través de los cuales se pueden hacer estas reclamaciones. Por ejemplo, en el caso de adicionales, en el caso de reclamaciones en la vía arbitral. En el caso de adicionales, como ustedes saben, se ha ido restringiendo en el caso de adicionales de obra, el campo de acción, al punto que se ha llegado a prohibir terminantemente las reclamaciones en la vía arbitral de adicionales de obra; sin embargo, en otros temas, igualmente se ha ido retrocediendo.

En el tema arbitral, los plazos que tenían para reclamar antes eran ilimitados; los postores podían reclamar cualquier cosa hasta antes de que concluya el contrato; luego, se les ha ido restringiendo y, en la actualidad, tienen treinta días en determinados casos muy puntuales para poder reclamar.

Como contrapartida, sin embargo, a Dios gracias, se le ha abierto una ventana a los contratistas para que puedan reclamar cuando se rompe el equilibrio del contrato. La ley ahora dice que cuando se rompe el equilibrio del contrato, la parte perjudicada puede pedirle a la otra parte, que le resarza, que le compense, a efectos de restablecer ese equilibrio.

Entonces, respondiendo la pregunta, cuándo nace o dónde nace, dónde está el equilibrio, el equilibrio está en el momento en que firmas el contrato, en el momento en que las partes suscriben el contrato, porque previamente ha habido un proceso de selección, ha habido una oferta, ha habido una aceptación; se ha otorgado la buena pro y se ha completado el contrato, se ha perfeccionado el contrato. Ahí nace el equilibrio. Vamos a ver qué pasa con el correr del tiempo, pero ahí nace.

Julio Olórtégui Huamán: Muchas gracias, doctor. Y, de repente, siguiendo un poco la línea de lo que usted hablaba del equilibrio, le doy la palabra al doctor Enrique Johanson, a quien me gustaría preguntarle: ¿una forma de modificación contractual consiste en aprobar deductivos de obra?; si se aprueban, ¿qué ocurre con los gastos generales?; ¿se tienen que deducir para mantener el equilibrio económico financiero?

Enrique Johanson Cervantes: Bueno, primero muchas gracias por la invitación, encantado de estar con ustedes; y sobre la pregunta que me hace Julio, entendamos un poco en qué consiste el problema. En una obra, pública o privada —pero, particularmente en obras públicas— se pueden dar diversas situaciones que hacen que determinadas actividades ya no sean necesarias para el proyecto o porque, simplemente, las entidades deciden que ya no van a ejecutarse.

Imaginemos que se hace un complejo deportivo y este complejo comprendía que se hagan canchas de tenis y durante la obra se decide que ya no se van a requerir esas canchas de tenis. Entonces, la pregunta es, muy bien, vamos a deducir esas actividades del proyecto; naturalmente, van a haber costos directos, va a haber mano de obra que no va a incurrir en esas actividades; pero la pregunta es, ¿qué pasa con los gastos generales?

Conviene distinguir entre los gastos generales fijos y los variables. Uno podrá decir «Bueno, si los gastos generales fijos están asociados al tiempo de la obra, el que se haga menos obra o que ya no se vayan a

hacer las canchas de tenis no debería afectar esos gastos generales fijos y, por tanto, tendrían que considerarse como parte del proyecto original; por lo tanto, el equilibrio económico no debería tocar los gastos generales fijos».

La discusión vendría con el tema de los gastos generales variables, es decir, aquéllos que sí están asociados con el tiempo de ejecución de la obra. Entonces, el reglamento, en su versión actual, en el artículo 171 nos dice: si es que este deductivo de obra, eso que ya no se va a hacer, esa actividad que se va a dejar de hacer del proyecto, importa también que se va a reducir el plazo del proyecto, pues también se tendrán que deducir esos gastos generales variables.

Tiene sentido, ¿no es verdad? Si es que existe una estructura de gastos generales variables asociada al plazo; y, el que ya no se hagan las canchas de tenis va a significar que la obra se entregue un mes antes, pues también se tienen que deducir esos gastos generales variables.

Pero ¿qué pasa si el deductivo no afecta, no impacta en ese plazo de la obra? La obra se va a acabar igual en el plazo que estuvo previsto.

Más de una entidad pública, al momento de aprobar deductivos, ha considerado que sí se deben deducir los gastos generales variables, cosa que en mi opinión no debería ocurrir, bajo el mismo principio que ya he explicado. Si es que el plazo de la obra no se modifica, el contratista tiene todo el derecho de cobrar el íntegro de los gastos generales variables presupuestado. Independientemente de que se haya aprobado un deductivo de obra, ese deductivo tendría que impactar únicamente a nivel de costos directos.

Julio Olórtogui Huamán: Muchas gracias, doctor. ¿De repente alguno de los panelistas tendrá algún comentario respecto a lo comentado por el doctor Johanson? Entonces, proseguimos con las preguntas.

Una tercera pregunta que me gustaría hacer es ahora al doctor Sandro Hernández: ¿las ampliaciones de plazo en los contratos de supervisión de obra pueden constituirse en prestaciones adicionales en atención a lo dispuesto por el numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley de Contrataciones del Estado?

Sandro Hernández Diez: Buenas tardes a todos. Gracias por la invitación y a los organizadores, también, las felicitaciones del caso.

Yendo un poco en la línea de lo que ha comentado Ricardo Gandolfo, efectivamente, en el contrato, en todo contrato público, contrato administrativo de la administración, como lo conocemos, uno de los supuestos que lo permite, es el logro del objetivo, de la finalidad para la cual se suscribe, es también que se mantenga el equilibrio económico del contrato. Es decir, que ambas partes que están involucradas obtengan aquello para lo cual han suscrito el contrato, ese legítimo interés de parte de la entidad, que su interés es netamente público, de ejecutar una obra.

Digamos, en este caso, que va a ser de beneficio para la sociedad o para una población determinada, pero también el legítimo interés del proveedor, que tiene un interés económico de realizar una actividad financiera. Entonces, es lógico que este equilibrio deba mantenerse.

Entonces, durante la ejecución del contrato pueden darse una serie de elementos, de circunstancias, que generen la necesidad de establecer modificaciones en el contrato. Entonces, el artículo 34, al cual ha hecho referencia Ricardo, y al cual se ha hecho referencia también hace un momento respecto del tema de los adicionales y todo lo que ello implica, contempla, precisamente, las situaciones que pueden generar modificaciones al contrato. Tenemos ahí el primer numeral, el 34.1, que habla, precisamente, de la búsqueda del equilibrio económico, y en lo sucesivo tenemos lo que son los adicionales y reducciones de prestaciones, tanto para contratos de bienes y servicios, contratos de obra, contratos de su-

pervisión de obra, que se les hace un acápite específico, y tenemos también lo que son las ampliaciones al plazo de la ejecución contractual.

Eso es correlativo con lo que se ha regulado en nuestro reglamento, que también ya dentro del subcapítulo referido a modificaciones del contrato hay una parte dedicada específicamente a lo que son los adicionales y reducciones, a lo que son las ampliaciones; y, ahora, se ha incorporado también en esa normativa la posibilidad de establecer modificaciones convencionales, que es toda una temática, ahí hay varios temas por dilucidar, sobre todo cuando esas modificaciones convencionales tienen un impacto económico en el contrato.

Bueno, regresando, disculpen un poco la interrupción para entender a qué nos vamos a referir, dentro del numeral 34.4 de nuestra ley, que habla específicamente de la posibilidad de establecer adicionales y reducciones también en el caso de los contratos de supervisión de obra, que por naturaleza es un contrato complementario o accesorio al contrato de obra, la redacción que ha tenido la normativa, en este caso, la ley, no ha sido la mejor, no ha sido la más explícita ni la más adecuada para regular lo que se pretendía hacer, y ello ha conllevado a que muchas veces se interprete que las ampliaciones de plazo que, en realidad, están reguladas en el 34.5, en el caso de los contratos de supervisión, suponen también adicionales porque, como les digo, la redacción que ha previsto el artículo 34 no es la más grata.

En efecto, nuestra normativa, el artículo 34.4, contempla dos o hasta tres supuestos en los cuales se pueden generar adicionales, en los contratos de supervisión de obra que, como ya hemos dicho, son contratos accesorios al de obra.

El primero es que se genere la necesidad de realizar actividades propias de supervisión, o sea, que el adicional se derive de actividades o elementos propios del contrato de supervisión de obra, ése es un primer supuesto.

El segundo supuesto es que el adicional se genere como consecuencia de un adicional en el contrato de obra, es decir, en el ejemplo que mostraba el doctor, vamos a hacerlo un poco al revés, no estaba previsto que se ejecuten las canchas de tenis, y ahora sí es necesario que se ejecuten dentro del proyecto; eso vendría a ser un adicional de obra, porque no estaba previsto en el proyecto original, pero digamos que se justifica, hay una justificación por la cual se hace indispensable para lograr los objetivos del contrato, entonces, es un adicional de obra que va a tener un impacto también en el contrato de supervisión, porque ahora va a haber un adicional de supervisión que tiene que supervisar esas actividades del adicional de obra.

Pero también, el 34 hace alusión —y ahí es donde viene el tema a la problemática— a la posibilidad de que las variaciones o situaciones que puedan generar o que puedan afectar el plazo de ejecución del contrato, dice «y siempre y cuando generen prestaciones adicionales», y este «siempre y cuando» es fundamental en la interpretación, pueden dar lugar también a prestaciones adicionales. Entonces, ¿qué es lo que ha sucedido en la práctica? En la práctica ha sucedido y, debo reconocer, hacer un *mea culpa*, en mi caso, yo he sido director Técnico Normativo en el OSCE; en su momento hemos sacado opiniones que, digamos, han desarrollado el tema y sin decir lo que se ha venido interpretando, sí podría haber dado lugar o dar pie a que algunas entidades puedan estar interpretando actualmente que las ampliaciones son adicionales.

Lo que ha sucedido es que se ha tomado solamente esa primera parte de la redacción del primer párrafo del 34.4, que habla de que aquellas variaciones en el desarrollo que impacten en el plazo de la ejecución del contrato puedan generar adicionales, pero hay que hacer una lectura correcta, la lectura correcta es, las variaciones en el plazo y siempre y cuando generen prestaciones adicionales de supervisión de obra. Entonces, lo que se ha venido haciendo, se ha venido leyendo parcialmente, nos hemos olvidado en algunos de esta partecita de «y siempre y cuando genere prestaciones adicionales»; entonces, lo que ha

pasado es que muchas entidades, en la práctica, están interpretando que las ampliaciones de plazo que tienen otra consecuencia distinta a la de adicionales de obra, que estaba ejecutándose la obra y llovió, entonces esos dos o tres días de lluvia, no se pudo ejecutar la obra, por tanto, se solicita una ampliación de plazo, por esos dos o tres días, pero la obra se tiene que ejecutar exactamente lo mismo, no ha habido ninguna modificación del expediente.

Entonces, ésta es una ampliación de plazo; sin embargo, lo que se ha venido interpretando es que esas ampliaciones de plazo, para el contrato de supervisión de obra, no para los demás contratos, sino para el contrato de supervisión de obra, constituyen una prestación adicional. Y esto sí es importante señalarlo, porque tiene una consecuencia diferente, una ampliación de plazo tiene una consecuencia diferente a un adicional. Y ¿qué es lo que ha venido ocurriendo? Que para el caso de los adicionales, que están previstos en el primer párrafo del 34.1, que son aquellos adicionales que se derivan de modificaciones al contrato, pero que impliquen prestaciones adicionales, la consecuencia inmediata es que para su aprobación cuando éstos superen el 15%, tienen que ir en aprobación a la Contraloría General de la República; sin embargo, las ampliaciones de plazo sencillas no tienen por qué ir a la Contraloría General de la República, independientemente del monto.

¿Qué viene pasando?, que en muchos contratos de supervisión, a las empresas supervisoras las vienen limitando en sus aprobaciones de adicionales, de ampliaciones de plazo, ni siquiera de adicionales, de ampliaciones de plazo. «Sólo te puedo aprobar la ampliación de plazo hasta el 15%, porque si excede el 15%, me tengo que ir a Contraloría; y, como no quiero ir a la Contraloría, o me atracas al 15% , o te resuelvo el contrato», y eso está generando un problema serio de ejecución, tenemos muchas obras que cuando ya se han dado ampliaciones, se han dado una serie de ventajas y en el contrato de supervisión se tiene que superar el 15%, muchas veces la entidad no quiere ir, porque todos sabemos que los expedientes no son los mejores expedientes que tenemos

acá en el país y, muchas veces, esas deficiencias se van a notar y advertir cuando ese expediente vaya a Contraloría, y las entidades no quieren hacerlo, entonces, se genera para efectos de no resolver el contrato casos en los cuales la supervisión, en vez de estarse efectuando con todo un equipo técnico, se está haciendo sólo con el supervisor residente y con un asistente, cuando deberían haber otros especialistas, deberían haber equipos, una serie de cosas, para llevar a cabo adecuadamente la supervisión; y, obviamente, ello está afectando sustancialmente la calidad de la ejecución de las obras, porque no se están supervisando las obras de una manera adecuada, como debería hacerse, y eso es una gran problemática que nos afecta.

Julio Olórtogui Huamán: Muchísimas gracias, doctor. De repente, cambiando un poco la temática que estamos tocando, me gustaría preguntarle al doctor Martín Zecenarro, ¿qué tipo de análisis de riesgo le corresponde hacer a la entidad contratante, al analizar un pedido de modificación del contrato?

Martín Zecenarro Flores: Bien, gracias. El doctor Gandolfo nos explicaba inicialmente, cómo a lo largo de la experiencia y aplicación de leyes sobre contrataciones han habido cambios, haciéndola al mismo tiempo más restrictiva, pero también más laxa, cerraba ventanas para abrir otras; y, así, se explica, creo yo, por qué entre los múltiples objetivos que tiene que cubrir una ley de contrataciones, tal vez los más importantes sean, por un lado, la correcta satisfacción de necesidades públicas de las entidades para, a su vez, cumplir sus finalidades públicas, lo que implica aprovisionarse bien y correctamente, lo que implica tener contratos que se puedan ejecutar eficientemente, pero también, al mismo tiempo, el tema del control presupuestal, lo que también implica responsabilidad funcional. O sea, la ley tiene que discurrir por un camino en el cual debe dar herramientas de un correcto y eficiente aprovisionamiento de bienes y servicios, pero cuidando muy celosamente los presupuestos públicos, y lograr eso es muy difícil, lograr eso

en un primer texto normativo es muy difícil, lo que conlleva a esta modificación.

Precisamente en el desarrollo histórico de la norma, lo que se ha venido haciendo es regulando, se van regulando e incluyendo condiciones, situaciones específicas para la aprobación de ampliaciones de plazo contractual o modificación contractual en sí misma, en aspectos que no necesariamente tienen que ver con plazos, pero que, generalmente, van a tener una repercusión económica, y el resultado de esto, al texto actual de la norma, es una norma con situaciones muy específicas, que obligan a las entidades a verificar el cumplimiento de situaciones legalmente establecidas para autorizar ampliaciones, modificaciones, variaciones de precio, inclusive.

Y una situación particular, una última modificación, es una norma genérica, nuevamente esta estrategia obligada de cerrar ventanas y abrirlas por otro lado. Y tenemos una norma como el artículo 34 A de la ley, que regula cómo así es posible autorizar otras modificaciones contractuales, es decir, modificaciones contractuales adicionales a las que ya venían aplicándose por aplicación de la norma. Es ahí donde esta norma nos dice que esas otras modificaciones contractuales, pueden ocurrir, las entidades pueden autorizar modificaciones contractuales, siempre que se trate de hechos sobrevinientes, ése es uno de los primeros parámetros que habría que analizar que ocurra, que no afecten el equilibrio del contrato, que no se trate de hechos imputables a las partes, es decir, un poco lo que me está diciendo la norma es que situaciones no previstas en el contrato son las que hay que analizar, y que al tratarlas se remedie el efecto económico que le pueda alcanzar.

Ahora, eso, a un nivel de aplicación legislativa pura. El tema es que, ya en la práctica se introducen otros elementos, justamente por esta situación, a la que nos referíamos inicialmente, de esta obligación subyacente que tiene la norma de establecer responsabilidades o de obligar a los funcionarios a cuidar sus propias responsabilidades. Entonces, ya

en la práctica, tal vez el elemento más importante a tener en cuenta en este análisis de riesgo, y esto no sé si es positivo o negativo, pero será el cuidado de su propia responsabilidad administrativa ¿Eso en qué se traduce? Desde el punto de vista, por ejemplo, de la ejecución privada de la norma es la percepción de que los funcionarios públicos no son proclives a modificaciones porque de lo primero que los van a acusar, es de coludirse o de estar subsanando errores en la ejecución de los parámetros del contrato, del expediente técnico, de las especificaciones técnicas, según el tipo de contrato de que se trate.

Entonces, hay un doble análisis, uno legislativo, a efectos de cumplir lo que la norma exige, como un *checklist* analítico para la modificación; y, uno informal, que resulta siendo el definitivo, el tema —no sé si la palabra es miedo o cuidado—, de la acusación que se le va a hacer a este funcionario público de haber autorizado una modificación al contrato.

Un añadido rápido para concluir. Es curioso porque el texto de la norma, cuando empieza a hablar de otras modificaciones del contrato y permite las modificaciones, dice: «sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiera lugar», o sea, como que la norma está dando lugar a que una modificación contractual ya es el remedio de un acto de responsabilidad funcional, lo que —en mi opinión— limita el otro aspecto que la ley tiene que cuidar, que es la correcta ejecución del contrato para que una entidad reciba un servicio adecuado o una obra adecuada, para el cumplimiento de sus finalidades públicas.

Julio Olórtegui Huamán: Gracias, doctor. De repente, aprovechando lo que usted ha venido comentando respecto a los riesgos que tiene que tener en consideración un funcionario público, ¿cómo afecta la coyuntura política actual el enfoque de la entidad para este análisis de riesgo?; y es una pregunta que se la hago a usted, pero me gustaría también tener la opinión de los demás panelistas. Muchas gracias.

Martín Zecenarro Flores: De acuerdo. El término «coyuntura política actual», lamentablemente, es un término inactual, porque los riesgos que estamos viviendo ahora, las situaciones complicadas en la aplicación, particularmente, de la Ley de Contrataciones con el Estado, lamentablemente, no es una situación actual, viene repitiéndose, es un riesgo con el que hemos convivido.

¿Cómo afecta la modificación del contrato? Negativamente, porque exagera esta posición en la que se pone una autoridad pública para poder autorizar una modificación que, de pronto, está técnicamente justificada, económicamente clara; es evidente la necesidad de modificar un contrato para alcanzar una finalidad pública. De hecho, una de las condiciones que exige la ley para autorizar las modificaciones del contrato es que permitan lograr la finalidad pública del contrato. De repente, todo eso está claro, pero este peso, esta espada de Damocles que se cierne sobre la cabeza del funcionario público lo retiene, lo rechaza y, tal vez, hace que ese contrato que bien puede haberse modificado y ser eficiente, termine no siendo así.

Una situación bien importante y que nos llama a la reflexión a todos los que tenemos que ver con la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, dentro de ese contexto de coyuntura política actual, y algo que está pasando desapercibido, tal vez, es que si le echamos una miradita un poquito más profunda a todos los problemas actuales, estoy hablando de presidentes de la República detenidos, con orden de detención, con investigaciones preliminares, estos audios, ¿de qué es de lo que están hablando? Están hablando de haber puesto en manos de intereses alternos el contrato administrativo o el contrato con el Estado. Para que esto funcione por tanto tiempo, quiere decir que —y, lamentablemente, hay que aceptarlo— es posible, ha sido posible que se haya puesto la contratación pública en el Perú en manos de intereses subalternos, y ésa es una preocupación muy grande, que nos obliga a pensar y ¿qué de la institucionalidad?, ¿qué de las entidades que técnicamente

tienen que supervisar esto? Es una reflexión muy grande y muy pesada que, tal vez, se debería dejar para el evento.

Estamos hablando de la aplicación de la ley desde un punto de vista técnico, pero vemos que, por lo menos, en algún nivel, es posible saltarse todas las disposiciones legales y administrativas, y es posible entregarle, regalarle o venderle el contrato público a una persona que paga por ello.

Julio Olórtegui Huamán: Muchas gracias, doctor. ¿Alguno de los panelistas quisiera comentar la respuesta del doctor Martín Zecenarro?

Sandro Hernández Diez: Bueno, sólo con relación a la parte de la coyuntura política. Efectivamente, esta coyuntura actual nos afecta mucho y en el ámbito de las contrataciones hay bastante impacto porque, además, casi todos los problemas que se van escuchando, que se van viendo en los medios, de alguna manera están vinculados a la contratación pública; la contratación pública no entendida sólo dentro del marco de la Ley de Contrataciones, sino la contratación pública en general; la concesión pública es parte de la contratación pública, las APP también; el universo de la contratación pública va mucho más allá de lo que la Ley de Contrataciones es.

Entonces, lo que a mí sí me preocupa, particularmente, es que cada vez que surgen este tipo de problemas, que directa o indirectamente afectan la contratación pública en general, lo primero que se dice es «tenemos que cambiar la norma», «tenemos que hacer modificaciones en la norma», «hay que ajustar la norma, para que la norma o sea más estricta, o sea más llevadera para realizar cosas que no se están pudiendo hacer», como lo señaló Ricardo Gandolfo en un inicio, en este trajín del desarrollo de la norma.

Pero no nos damos cuenta que el problema de fondo es otro, el tema de la norma es casi secundario; o sea, durante todos estos años

de desarrollo que tiene —por lo menos la Ley de Contrataciones en nuestra época, que viene desde el año 1997—, lo que ha sucedido es que todos los cambios son modificaciones a la normativa, en realidad, en mayor o menor medida, no es que han generado un gran cambio sustancial en las compras públicas y eso por una sencilla razón, porque quienes ejecutan las compras públicas no son la norma, son personas y la corrupción es un fenómeno social, es un tema de personas.

Entonces, nos olvidamos muchas veces de que el problema central de la corrupción no es un tema normativo, podemos tener la mejor norma del mundo, pero en tanto sigamos teniendo corruptos merodeando la contratación pública, el tema va a seguir. Entonces, esos problemas o la coyuntura política deberían dar más bien pie a hacer una reflexión de cuáles son las reales motivaciones y los reales orígenes por los que se produce la corrupción en la compra pública. Entonces, nos dedicamos a regular el procedimiento de selección y nos olvidamos de la parte medular que está antes, que es la generación de los proyectos, que es donde, por lo general, la gran corrupción se desarrolla.

Julio Olórtegui Huamán: Muchas gracias, doctor. De repente, dando una vuelta a la discusión que estamos teniendo en este momento, me gustaría preguntarle al doctor Ricardo Gandolfo, ¿cuándo se afecta, cómo se rompe el equilibrio económico financiero de un contrato?

Ricardo Gandolfo Cortés: Gracias. Bueno, yo creo que nada mejor que graficar eso con un ejemplo. Imaginémonos un contrato —ahora que se tocó el tema de las supervisiones—, un contrato de supervisión de una obra que incluye supervisión de la elaboración de estudios y supervisión de la ejecución de obras. Imaginemos que se trata de un caso de supervisión de una obra de perforación de 10 pozos de agua potable en una determinada jurisdicción; pero lo que hay que hacer es elaborar los estudios y ejecutar la obra, eso tiene que hacer el contratista y se contrata un supervisor para la ejecución de ambas tareas, la elaboración de los estudios y la ejecución de la obra.

Digamos que en el contrato se establece una forma de pago de acuerdo al avance de la obra, lo cual, en algunos casos, ocurre. Imaginemos que el plazo de duración del contrato en su conjunto es de 12 meses; para hacer un ejemplo simple, los 2 primeros meses están dedicados a la elaboración de los 10 estudios y los 10 siguientes meses para la elaboración de la obra, a razón de un pozo por mes. Entonces, el supervisor de la obra empezará a cobrar según el avance de la obra, por lo tanto, será partir del tercer mes, cuando concluye la elaboración de los estudios.

Perfecto. Imaginémonos que ocurre un atraso en la elaboración de los estudios por diversas circunstancias, ya no se toman 2 meses, sino se toman, para hacer un ejemplo extremo, 8 meses para la elaboración de los estudios; sin embargo, el consultor, el supervisor encargado de las obras no puede empezar a cobrar porque como se le va a pagar de acuerdo al avance de la obra y la obra no empieza, esto se dilata y se difiere, y él tiene que continuar trabajando en la obra o, mejor dicho, la obra se retrasa en el tiempo, no se ejecuta, ¿por qué?, por falta de aprobación de sus estudios. Digamos que el contratista encargado de elaborar esos estudios los elabora mal, no cumple con todas las especificaciones técnicas y el supervisor, que es un contratista serio y honesto, le devuelve sus proyectos y le dice «falta esto, falta aquello», hay una serie de observaciones y pasan los 8 meses de esa manera.

Entonces, ahí se genera un desequilibrio económico porque el supervisor tiene que seguir pagando su personal, porque, evidentemente, lo más probable es que necesite el mismo personal para supervisar la elaboración de uno o de diez estudios. Podrá hacer algunas reducciones mínimas, pero, por lo general, se queda con el mismo personal. Entonces, se genera ahí un desequilibrio económico que no se va a resarcir con ninguna ampliación de plazo, porque puede ser que la obra después recupere su plazo, avancen en turnos más acelerados, lo que fuese; lo cierto es que el reconocimiento al supervisor por el mayor

tiempo previsto para la elaboración de los estudios es independiente de la ampliación de plazo que pueda generarse.

Ahí hay un caso típico de desequilibrio económico financiero que tiene que resarcirse de inmediato y que el supervisor tiene que reclamar, porque ya incurrió en ese gasto, un costo adicional, que no es una ampliación de plazo eventualmente, que no genera prestaciones adicionales, en el sentido de que no hay más trabajo que realizar, es el mismo trabajo, sólo que se dilata en el tiempo por causas no atribuibles a ese supervisor.

Yo creo que ése es un ejemplo típico de lo que es un equilibrio económico financiero.

Julio Olórtegui Huamán: Muchísimas gracias, doctor. Una última pregunta para el doctor Enrique Johanson, ¿las ampliaciones de plazo en sus mayores gastos generales también constituyen un mecanismo de modificación? En un contrato de obra, ¿la necesidad de plazo sigue siendo un requisito para otorgar la ampliación?

Enrique Johanson Cervantes: Ésa es una pregunta interesante porque me ha tocado en la práctica discutir estos temas. A ver, el reglamento anterior tenía una regla particular, decía: cuando uno plantea una ampliación de plazo, lo que tiene que demostrar es que el plazo que se está pidiendo es necesario para acabar la obra. Entonces, imaginemos un proyecto donde se pide una ampliación de plazo de 30 días, la entidad deniega la ampliación y las partes someten la controversia a arbitraje.

Resulta que el arbitraje dura más que la obra, la obra termina, se entrega y no hay laudo; o, peor, imaginemos que la obra termina en el plazo original. Entonces, la discusión es «Oiga, ¿ese plazo que está todavía en arbitraje, que se está discutiendo, es necesario para acabar la obra?». Entonces, vamos a ver en un minuto que podría decir uno: «Bueno,

esto es con la norma anterior, la norma actual ya no tiene ese requisito establecido expresamente»; pero, vamos a ver que todavía es pertinente. Para analizar este tema de necesidad lo que debe considerarse es que todo pedido de ampliación de plazo parte de un análisis retrospectivo, es decir, se tiene que analizar desde el inicio de la causal de ampliación de plazo, cómo esta causal impacta en la ruta crítica e inmediatamente desplaza la fecha de término del proyecto. Es un análisis hacia atrás, bajo el contexto y condiciones que existieron cuando surgió el impacto, cuando se verificó una circunstancia que impedía al contratista avanzar con el proyecto, conforme estaba previamente establecido.

Entonces, fíjense, si el análisis que tiene que hacer la entidad pública es retrospectivo, lo mismo tendrían que hacer los árbitros que tienen que resolver esta controversia, ponerse en esa estación pasada y ver ahí, independientemente de lo que ha pasado después, si es que corresponde o no corresponde la ampliación de plazo. Entonces, fíjense, el que la obra haya acabado dentro del plazo original, estando todavía en curso una discusión sobre ampliación de plazo, resulta ser anecdótico, no debería perjudicar el derecho del contratista a reclamar esa afectación en plazo, por supuesto, si es que acredita los mayores costos directos y gastos generales a ser resarcidos, y así lograr el equilibrio económico financiero del contrato.

Fíjense lo absurdo de esas reglas, si es que las llevamos al extremo de decir: «Oye, entonces, si es que yo puedo acabar la obra antes, mejor espero, trato de acabar dentro del plazo original y así evito que alguien cuestione mi derecho a un mayor gasto general o me quiera reducir los gastos generales porque he acabado en menor plazo. Genera un desincentivo total tanto para el contratista, que podría liberar recursos antes de tiempo, como para la entidad, que podría darle el uso público que merece el proyecto, también antes de tiempo, ¿no es verdad?

Entonces, eso nos lleva a la discusión actual que es que nuestra norma, el reglamento actual, ya no establece este requisito de necesidad; en-

tonces, ¿sigue siendo importante analizar la necesidad? Parece que sí, pero desde una perspectiva distinta, evaluar la necesidad del plazo en función a analizar si las actividades que están pactadas por esa causal de atraso están adelantadas o no, por ejemplo, porque, por supuesto, si es que ocurre una causal de ampliación de plazo y una actividad ya había sido adelantada, naturalmente, cuando se quiera reivindicar ese mayor plazo tendrán que descontarse aquellos días en los que se haya avanzado de manera proporcional. De lo contrario, la necesidad ahí sí se ve impactada, no tendría que darse una ampliación de plazo total, de repente menos días a los solicitados.

Julio Olórtegui Huamán: Muchísimas gracias, doctor Johanson. Bueno, con esto acabamos el primer panel sobre «Modificaciones al contrato, mayores costos y equilibrio contractual». Muchísimas gracias a todos los panelistas, la discusión ha sido muy interesante y les pido, por favor, unas fuertes palmas para ellos.

SEGUNDO PANEL: PENALIDAD POR MORA Y OTRAS PENALIDADES

*Elvira Martínez Coco*⁶

*Daniel Triveño Daza*⁷

*Jorge Abel Ruiz Bautista*⁸

Alithú Mattos (moderadora)

Alithú Mattos: Buenas tardes con todos, damos inicio al segundo panel. Este panel tiene por objeto discutir las precisiones sobre la penalidad por mora y otras penalidades en el marco de las contrataciones con el Estado.

⁶ Abogada con maestría en derecho civil, socia fundadora del Estudio Elvira Martínez Coco & Abogados.

⁷ Consultor externo del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en materia sancionadora. Actualmente, se desempeña como árbitro, articulista y consultor especializado en las materias descritas.

⁸ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con estudios en el Máster en Contrataciones Públicas, Concesiones y Servicios Públicos por la Universidad Castilla-La Mancha (España). Cuenta con un posgrado en la Universidad de ESAN, Graduate School of Business, con especialidad en derecho administrativo, contrataciones con el Estado y arbitraje. Asimismo, ha cursado estudios en el Programa de Formación de Árbitros en Contrataciones del Estado en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE); con estudios en Arbitraje Internacional por la Universidad de Alcalá (España). Socio fundador de la firma Ruiz & Abogados; director de la Asociación Civil El Terno, cuya difusión promueve la cultura jurídica. Ha participado en varias disputas corporativas y arbitrajes con el Estado en los últimos años. Su actividad en derecho corporativo y arbitraje es reconocida por la Universidad ESAN Graduate School of Business, por haber obtenido el primer puesto dentro de la Especialización en Arbitraje en Convenio con el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Empezamos con una pregunta para el doctor Daniel Triveño: ¿qué penalidades existen en el marco de la normativa de contrataciones del Estado?

Daniel Triveño Daza: Bien, ¿qué tal?, ¿cómo están, señores? Buenas tardes. Antes que nada, agradecer la convocatoria, la invitación de este grupo de estudios de la universidad. Los felicito porque siempre estos espacios son donde los alumnos aprenden más de lo que se da en las aulas y propician que otros también aprendan. Son gestos y actividades dignos de esta casa. Entonces, las felicitaciones al grupo que ha realizado este evento.

Yendo a la pregunta, ¿cuáles son las penalidades que existen?, algunos esbozos muy sencillos sobre la materia. Ustedes saben que las penalidades son una figura jurídica que existen para «sancionar», entre comillas, incumplimientos dentro de una relación básicamente patrimonial. Entonces, esas penalidades tienen su tratamiento dentro de la normativa civil, pero siendo que estamos dentro del ámbito de una normativa un tanto distinta, como es el tema de la Ley de Contrataciones, esas penalidades tienen un recojo normativo y una regulación especial.

Vamos a ponerlo en términos muy sencillos. En términos civiles, las penalidades pueden ser por cumplimientos parciales, tardíos o defectuosos. ¿Eso mismo se refleja en la Ley de Contrataciones? No tan así.

Para empezar, en términos académicos, las penalidades por cumplimientos parciales, tardíos o defectuosos no son una categoría propia, explícita, dentro de la normativa de contrataciones, sino que tienen un tratamiento un tanto distinto, que lo vamos a ver a continuación.

Alithú Mattos: ¿Qué penalidades regula la Ley de Contrataciones del Estado y hasta qué monto?

Daniel Triveño Daza: Entonces, acá sí hacemos la distinción. En términos civiles, jurídicos, como lo estábamos comentando, las penalidades pueden ser por cumplimientos parciales, tardíos o defectuosos ¿Eso cómo se organiza en la norma de contrataciones? De la siguiente manera, en términos muy didácticos. Tan sólo regula las penalidades por cumplimiento tardío de manera explícita y las denomina «penalidad por mora», que es el cumplimiento de la prestación fuera de los plazos. Entonces, se denomina «penalidad por mora», que es para los casos de cumplimiento tardío, básicamente.

Y ¿qué ocurre con las otras penalidades, vale decir, las de cumplimiento defectuoso o parcial? No tienen una mención explícita en la norma de contrataciones, pero eso no significa que no estén dispuestas dentro del vínculo contractual ya propiamente dicho; vale decir, no están normadas en el dispositivo, pero las partes, concretamente la entidad, las pueden disponer en las bases administrativas y en el contrato.

De tal manera que son dos grupos dentro de la estructura que tiene esta norma. El primero de ellos, la penalidad por mora, y las otras dos penalidades, dentro de la distinción jurídica convencional, reciben el nombre de «otras penalidades».

Tenemos, entonces, penalidad por mora y otras penalidades. Obviamente, queda claro que en este paquete de otras penalidades no pueden establecerse penalidades por cumplimientos tardíos, porque éstas están reservadas para para el primer grupo «penalidades por mora».

Ahora, ¿por qué montos? Acá la norma de contrataciones tiene una regulación específica sobre la materia y, en términos sencillos, es lo siguiente. Respecto de las penalidades por mora, este paquete que está en este lado, las penalidades por mora se computan hasta el 10% del monto del contrato. Si el contrato sufre alguna variación por adicionales, por ampliaciones y, eventualmente, eso repercute en el incremento del monto de la relación contractual, el tope va a ser el 10% del

monto del contrato. Entonces, en «penalidad por mora» se computa hasta un monto del 10% del monto del contrato. Y las otras penalidades, donde entran aquellas que sancionan cumplimientos parciales o defectuosos, tienen otro cómputo de 10%. Entonces, 10 por mora y 10 por otras penalidades, monto total de penalidades es hasta el 20% del monto del contrato.

Ahora, esos cálculos no se cruzan, es máximo 10% por cada rubro. No es que si computé, por decir, 8% en mora, me queda un 2% para poder penalizar y lo computo en el otro rubro, no sé si me siguen la figura, es por cuerda separada. Es 10% por mora y 10% por concepto de otras penalidades, máximo 20%, dentro de la normativa de contrataciones.

Entonces, en esencia, ¿cuáles son las penalidades que existen? La penalidad por mora y la penalidad por otras penalidades y, cada una por un máximo de 10%, lo cual implica en el cómputo total un máximo de 20% de penalidades respecto del monto contractual.

Alithú Mattos: ¿Usted considera que existe una relación entre las penalidades y la ampliación de plazo?

Daniel Triveño Daza: La pregunta es interesante porque hay que partir de una premisa: las penalidades que se establecen en la norma, para sus mecanismos de aplicación, tienen dos características. La primera de ellas es que una penalidad por mora es automática, vale decir, no hay que intimar al deudor que está en incumplimiento, a la sola verificación, ante la verificación del incumplimiento, la penalidad se devenga de manera instantánea, no se requiere advertirle al contratista que está atrasado, no se requiere convencerlo para que se ponga al día, no se le pide «por favorcito, enmienda tu incumplimiento, porque de lo contrario te penalizo».

En la norma de contrataciones, la aplicación de la penalidad es automática. Si hasta el día 9 de abril el señor tenía para cumplir una prestación y no la cumple, a partir de mañana, 10 de abril, ya está en penalidad, no requiere que el administrador del contrato se dé cuenta, que le envíe un correo, no se requiere una carta del titular de la institución, es automática. Ésa es la primera característica.

La segunda característica de la penalidad es que se aplica para los casos de retraso injustificado. ¿Eso qué significa? Que el contratista es imputable del retraso y tiene que haber una imputación de responsabilidad por dicho incumplimiento.

Ahora, ¿esto qué tiene que ver con la ampliación de plazo? Pues, por un tema muy sencillo; estaba escuchando que alguno de los expositores ha hablado de la ampliación de plazo. Como ustedes saben, la ampliación de plazo lo que hace es modificar el factor tiempo del contrato, si el contrato se había pactado para 100 días, la ampliación de plazo lo que hace es determinar una variación del plazo y pasa de 100 días a 120 días, pero el factor por el cual la ampliación de plazo se otorga es por motivos no imputables al contratista.

Entonces, en ese sentido, ocurren algunos hechos en la práctica. A veces hay retrasos dentro de la ejecución de los contratos en los que hay que determinar si ese retraso es justificado o no. Si es un retraso justificado, va a dar lugar a una ampliación de plazo; si es un retraso injustificado, no va a dar lugar a la ampliación de plazo y la consecuencia automática de ello es que el señor va a estar incurso en un supuesto de aplicación de penalidad.

Alithú Mattos: Gracias, doctor. Continuando con la mesa, doctora Elvira Martínez, ¿existe una indemnización legal por mora en el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?

Elvira Martínez Coco: Yo quisiera comenzar diciendo que el derecho civil y la Ley de Contrataciones tienen una conjunción armónica. Si bien es cierto que la Ley de Contrataciones y su reglamento es una norma especial, no por ello está apartada de lo que dice el cuerpo madre, que es el derecho civil.

En materia de derecho civil y de las obligaciones tenemos dos clases de indemnizaciones, aquellas indemnizaciones que tienen un origen legal y se les conoce como indemnizaciones de carácter legal, y aquellas indemnizaciones que tienen un origen convencional, llamadas indemnizaciones convencionales. Ambas tienen plasmación normativa dentro del reglamento de contrataciones y me refiero a que la primera de ellas, la indemnización legal, es la indemnización legal por mora, prevista en el reglamento. El reglamento nos dice, como bien ha señalado Daniel Triveño hace un rato, que en caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones se aplica determinada penalidad por cada día de atraso y se establece una fórmula. Es una indemnización legal, aun cuando el daño que hubiera podido sufrir el Estado o la entidad estatal hubiera sido mayor, lo que se paga es la aplicación de la fórmula. Si el daño fue menor, igual se paga la aplicación de la fórmula. Estamos, entonces, frente a una indemnización legal previamente establecida por la ley, en donde se establece cuál es el monto de la indemnización en función a determinada fórmula.

Distinto es el supuesto cuando estamos frente a la posibilidad de llegar a una indemnización «convencional», entre comillas, porque si bien es cierto es una indemnización que puede venir recogida en el contrato, es una indemnización que es prevista por una sola de las partes en las bases. La ley da la posibilidad a la entidad estatal de pactar otro tipo de penalidades, como también se ha dicho, distintas a la mora, pero establece una serie de requisitos especiales, porque en esos supuestos nos podemos saltar la valla del límite de la fórmula que ha sido prevista, pero nos podemos saltar la valla un poquito, no con irracionalidad

porque, en primer lugar, solamente la podemos saltar para supuestos distintos a la mora.

¿Y cuáles son los supuestos distintos a la mora? Son, exactamente, los mismos supuestos que para la cláusula penal se regulan en el Código Civil. El Código Civil nos dice claramente que una penalidad convencional —y eso es la cláusula penal— puede venir impuesta para el incumplimiento total, para el retraso en el cumplimiento o para la violación de un pacto determinado. Entonces, cuando hablamos de «otras penalidades» estamos hablando de violaciones de pactos determinados que no tienen que ver absolutamente con situaciones de mora. De ahí la terrible confusión en la que ha caído nuestra Administración Pública a la hora de redactar los contratos, mete las papas dentro de lo que son camotes y, finalmente, termina poniendo con «otras penalidades» lo que son «penalidades por mora», ocasionando despropósitos de orden contractual y la ineficacia de esos pactos y de esas otras penalidades.

Por supuesto que en esas «otras penalidades» podemos ir más allá, pero podemos ir más allá por un tantito y ese tantito está dado por tres grandes límites o paredes que nos pone el propio ordenamiento jurídico y nos dice que esas penalidades, cuando se establecen para esos otros casos, deben ser objetivas, razonables y congruentes. Probablemente dentro de un rato podríamos hablar también de esos temas.

Alithú Mattos: Doctora, continuando con lo señalado, ¿existe la posibilidad de pactar una cláusula penal de acuerdo al reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?

Elvira Martínez Coco: Sí, claro que existe la posibilidad de pactar la cláusula penal. Es más, se está utilizando muchísimo cuando se habla de «otras penalidades» y esas «otras penalidades» que se están estableciendo en una serie de contratos son, justamente, una cláusula penal que, de un modo o de otro, a pesar de haber sido prerredactada por una sola de las partes —porque donde van es en el contrato que se ha prerre-

dactado y que está dentro de las bases, con lo que se lleva la licitación o el concurso público—, cuando la otra parte acepta participar está de algún modo ya avalando esas otras penalidades. Eso, adicionalmente, con el tema de que conociendo todo lo que pasa en este tipo de contratación previamente, si es que se está pactando algo que no corresponde, igualmente se puede hacer la consulta a la entidad y establecer una especie de diálogo, normalmente con un sordo, porque la entidad normalmente no acepta absolutamente nada —mueve la cabecita el doctor Johanson que lo sufre desde el otro lado, litigando—, pero está la formalidad de que se puede ir por ese camino, se puede consultar y si le dijeron que no o no le contestaron absolutamente nada, después usted lo podrá hacer valer en el proceso arbitral correspondiente, que es lo que normalmente hace un contratista bien asesorado.

Pero ¿se puede establecer una cláusula penal? Sí, se está estableciendo vía «otras penalidades». ¿Cómo se está estableciendo? —seguramente después vamos a conversar de eso— Mal.

Alithú Mattos: En ese contexto, ¿conoce laudos que hayan tratado sobre ese tema?

Elvira Martínez Coco: Sí, míos. Yo les puedo sacar infinitos ejemplos. Hubo un laudo que marcó un hito en la contratación pública, porque fue uno de los primeros que se hizo en este tema, está publicado además en el OSCE, el Expediente n.º 2591-2013 de la Cámara de Comercio de Lima, para quien le interese, fue un arbitraje seguido por el Consorcio Rímac Centro contra Sedapal.

Y ¿qué cosa es lo que pasa? O sea, normalmente todavía los tribunales arbitrales estamos viendo muchísimos de estos casos, porque en la cláusula de «otras penalidades» se prerredactan hojas de hojas con las actividades y las subactividades, describiendo los casos por los cuales se puede imponer la otra penalidad. Ya hemos dicho que la penalidad debe ser congruente, debe ser razonable, debe ser proporcional; pero,

además, y lo más importante, que ya lo destacó Daniel Triveño hace un momento, para situaciones distintas de la mora. Por ejemplo, podría ser la violación de un pacto determinado si existiera la confidencialidad respecto a este tema o del otro, esas son violaciones de pacto determinado.

Pero no esto que decía este contrato, por ejemplo, y que lo siguen diciendo varios de los contratos de Sedapal todavía, que están en procesos arbitrales. Por no entregar en la fecha a sus trabajadores la indumentaria e implementos de protección personal correspondientes, o entrega incompleta, la multa será por trabajador y por día. ¿Qué cosa es eso, señores? Mora; por no portar el *fotocheck*, la multa será por trabajador y por día. ¿Qué es eso? Mora; por no tener el equipo adecuado, la multa será por día de incumplimiento. ¿Qué es eso? Mora.

Me cansaría leyéndoles todas las actividades y las subactividades que se sometieron a nuestra consideración en este contrato, y todas eran por día de atraso, eso significa mora. Para eso es el artículo anterior del reglamento, no el de otras penalidades.

¿Qué dijo nuestro tribunal arbitral? Que hay que echarle *Liquid Paper*, porque usted no puede pactar vía «otras penalidades» supuestos que no sean distintos a la mora. ¿Qué quedó en ese tema? Quedaron tres actividades solamente, de 160 actividades y sus subactividades por las que habían aplicado «otras penalidades». Entonces, comenzamos a analizar los otros supuestos: razonable, congruente y objetivo, y, entonces, resulta que por haber incumplido en hacer en el día la limpieza de uno de sus buzones —¿recuerdan los buzones que los bomberos colocan para el agua y en algunos lugares son de color rojito?—, por no haberlo lijado a tiempo, limpiado y todo lo demás en el día que correspondía le imponían de penalidad más o menos S/ 2800. Esa actividad, según Capeco, costaba S/ 40 y estaba valorizada dentro del contrato por S/ 25. Les pregunto, como se preguntó el tribunal a la hora de laudar, ¿es necesario que este tribunal diga si es razonable o no, si guarda proporción o no? *Liquid Paper* también, señores.

No quedó ninguna, y no quedó ninguna porque la Administración no cuida tampoco cuando salta la valla de la morosidad, no cuida la razonabilidad, no cuida la proporcionalidad, no cuida la congruencia. Tengo entendido que Sedapal, a través de su directorio, después de estos laudos, se ha reunido para cambiar el contrato y adecuarlo y hacer que su departamento jurídico ya ponga donde deben estar las papas y donde deben estar los camotes.

Alithú Mattos: Muchas gracias, doctora. Continuando con la mesa, doctor Jorge Ruiz: ¿cuáles son los últimos pronunciamientos que ha emitido el OSCE respecto a la aplicación de penalidades?

Jorge Abel Ruiz Bautista: Bien, ante todo agradezco la invitación, agradezco por darme la oportunidad de compartir con grandes maestros en esta mesa y, bueno, sobre la pregunta, he tratado, en virtud de lo señalado por los panelistas, de buscar dos pronunciamientos y me pareció importante encontrar un pronunciamiento que es garantista y una opinión que también recoge y diferencia la penalidad por mora de las otras penalidades.

Y ¿por qué es importante? Como lo decía la doctora, porque muchas entidades al momento de publicar sus bases estandarizadas en los concursos públicos confunden las papas con los camotes y en otras penalidades mezclan y tampoco emiten un procedimiento objetivo, razonable y congruente, que exige el artículo 134 de la Ley n.º 30225.

En ese sentido, hay un pronunciamiento del OSCE, que es el número 1335-2013, en el cual la Dirección de Riesgos señala que cuando una entidad decida pactar otras penalidades tiene que atender cuatro criterios: que sean objetivas, que sean razonables, que sean congruentes y proporcionales; y señala lo siguiente: tiene que establecer con plazos previamente definidos objetivamente, esto es, cuando una entidad decide tipificar la conducta tiene que poner la consecuencia de ese acto.

En segundo lugar, un pronunciamiento y un procedimiento para la verificación del incumplimiento. Tercer punto, el procedimiento para la presentación del reclamo, esto es, en atención al debido proceso, darle la oportunidad al contratista a que ejerza su derecho de contradicción sobre la aplicación de otras penalidades; y, finalmente, los supuestos de excepción a dichas penalidades.

¿Qué pasa en la práctica? Pasa que cuando las entidades publican sus bases estandarizadas se preocupan de lo esencial, en poner un cuadro larguísimo de tipos de conductas para el contratista y las consecuencias y, cuando uno ve las multas que van a interponer son de 10 UIT, 50 UIT y éstas son de aplicación diaria. Entonces, cuando llega al final del día la factura, un contratista factura por 200 000 y le pagan 40 000; entonces, no puede cubrir una planilla de su propio personal.

Entonces, hablábamos en la primera mesa del equilibrio económico de los contratos. ¿Es acaso que las penalidades tienen una finalidad de enriquecimiento indebido para las entidades? Porque esto ya se vuelve perverso. Cuando el área usuaria o el área de servicios quiere levantar una penalidad te dice «Bueno, pues, te voy a aplicar penalidades por día, mejor a ver si me das algo y arreglamos esto, y no te levanto un acta de observación».

También en mi experiencia he visto que hay muchos postores que ven las bases, que son de conocimiento público, y lo que pasa es que tienen las bases, pero no hacen consultas, no hacen observaciones y esto es grave para el potencial contratista que va a ejecutar este contrato, porque cuando no observa este extremo de aplicación de otras penalidades está asumiendo que va a tener un cuadro de otras penalidades sin procedimiento objetivo, ni proporcional, ni razonable, que va a originar controversias en la ejecución del contrato.

Entonces, mi recomendación es que si estamos, como entidad, preocupémonos por cumplir lo que dice el artículo 134 del reglamento

de la Ley de Contrataciones, pactemos otras penalidades con el cuadro, con el tipo y la sanción, pero también con el procedimiento, el debido proceso, que es en salvaguarda del derecho constitucional al debido proceso. Y si estamos de la parte de los contratistas, observemos las bases, si el Comité de Selección no acoge estas observaciones, solicitemos dentro de los tres días la elevación del pliego de absoluciones a la Dirección de Riesgos del OSCE, para que el OSCE sea el que, finalmente, resuelva y haga cumplir en estricto el artículo 134.

Entonces, para ir redondeando, quiero hacer énfasis también en la Opinión n.º 151-2017. ¿Qué dice la Dirección de Riesgos en este sentido? Aclara ante la pregunta de una entidad: «¿Puedo aplicar penalidades por mora y otras penalidades en un mismo procedimiento?», esto es, si voy a aplicar yo como entidad a un contratista una penalidad por mora, ¿también puedo hacerlo con criterios automáticos? Esto es, ante un incumplimiento, ¿puedo aplicar automáticamente sin darle el derecho a réplica, sin darle el derecho de defensa al contratista?

Lo que señaló en esta opinión el OSCE es que las penalidades por mora y las otras penalidades son de aplicación independiente y que tienen un tratamiento diferente, como ya bien lo ha señalado el doctor Daniel Triveño. Entonces, si la entidad va a decidir aplicar solamente en sus bases estandarizadas penalidad por mora, no podría aplicar el procedimiento pactado en otras penalidades.

Alithú Mattos: ¿Qué consideraciones se deben tener en cuenta para la aplicación de otras penalidades?

Jorge Abel Ruiz Bautista: Yo pienso, en mi experiencia, recoger que las entidades cumplan lo que ya señaló la doctora Elvira Martínez, el tema de estipular otras penalidades, que sean objetivas, que sean razonables, que sean congruentes y proporcionales, plazos previamente definidos para que no haya discrecionalidad y abuso de poder de parte de las entidades.

A propósito de temas de seguridad, por ejemplo, ¿qué pasa en las ejecuciones de contrato de empresas de seguridad? Se pactan otras penalidades, se establecen las conductas y las sanciones, pero se omite pactar el procedimiento objetivo que tienen que emplear estas empresas de seguridad. Entonces, al no haber plazos razonables uno dice «¿qué pasaría si en mi cuadro de otras penalidades están tipificadas las conductas, el monto, los descuentos, pero no veo un procedimiento?». De manera supletoria, ¿qué podría aplicar frente a esa misión de la entidad y ya estando en una ejecución de contrato? El artículo 143 que establece, por ejemplo, criterios de conformidad de servicios que se dan frente prestaciones periódicas, señala que frente a una observación se le tiene que otorgar un plazo no menor de 2 ni mayor a 10 días al contratista para que efectivamente pueda levantar esa observación.

Esa, creo yo, es la lógica garantista que establece la Ley de Contrataciones del Estado. Frente a un incumplimiento corrámosle traslado al contratista y le enseñaremos que ejerza su derecho a la defensa y si vemos que no hay una justificación ni que en ese plazo tengamos un eventual incumplimiento injustificado, apliquemos las penalidades, pero sin ese procedimiento previo porque, al final del día lo que pasa es que los contratistas, al ver que estas penalidades no son razonables, terminan en un arbitraje. Y lo que siempre he señalado en los arbitrajes es que antes de discutir el fondo, discutamos la forma. Si como entidad no has cumplido el debido proceso, es decir, la formalidad que te exige la Ley de Contrataciones para aplicar otras penalidades, ¿para qué discutir el fondo? Si la forma ya está mal, ya hay un vicio en los actos expedidos no solamente por la Administración Pública, sino por funcionarios que, abusando de sus facultades, a veces, no son los competentes para levantar actas de observación.

Me ha pasado y me han consultado casos, he tenido inspecciones inopinadas y las inspecciones inopinadas eran levantadas por el órgano de control interno, cuando en el contrato se señalaba que el órgano competente para levantar un acta de observación es el área usuaria o el

área de logística o el área de servicios generales, ¿qué hace levantando un acta de observación el órgano de control interno, cuando un procedimiento de la aplicación de otras penalidades ya lo estableció?

Entonces, el mensaje es establecer un procedimiento objetivo, razonable, congruente y proporcional, en tutela del debido proceso y que las entidades cumplan estos criterios porque, ya lo dijo el Tribunal Constitucional, no solamente el debido proceso se aplica en procesos judiciales o arbitrales, sino también en relaciones contractuales privadas. Gracias.

Alithú Mattos: Muchas gracias, doctor. Finalmente, quisiera cerrar la mesa comentándoles el criterio de una opinión del OSCE, en la que se señala cuál es la función de las penalidades y comentarles que tienen una doble función. Por un lado, es desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; y, por otro lado, resarcir a la entidad por el perjuicio o el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones, que le hubieran causado. Eso es todo, muchas gracias.

TERCER PANEL: RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

*Alberto Montezuma Chirinos*⁹

*Marco Antonio Martínez Zamora*¹⁰

*Abmed Manyari Zea*¹¹

*Juan Carlos Pinto Escobedo*¹²

*Juan Carlos González Salinas (moderador)*¹³

(Lamentablemente, luego de la presentación de ponentes, la grabación se corta y continúa directamente con la última parte del bloque).

Juan Carlos González Salinas: Vamos a concluir esta mesa con la participación del doctor Juan Carlos Pinto. Doctor Pinto, ¿cuáles son

⁹ Abogado egresado de la Universidad de San Martín de Porres; profesor de Derecho Procesal Civil y Resolución de Conflictos y Arbitraje de la Facultad de Derecho; árbitro y asesor en contratación pública estatal y comercial.

¹⁰ Abogado especialista en derecho administrativo, contratación pública, aseguramiento universal de salud y seguridad social. Se desempeñó como vocal en el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en el periodo del 2002 al 2005.

¹¹ Abogado graduado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, bachiller en Educación por la Universidad Peruana Cayetano Heredia, con experiencia en las áreas de arbitraje, protección al consumidor, derecho administrativo y derecho civil.

¹² Socio fundador del Estudio Alva, Pinto & Ponce de León. Especialista en arbitraje comercial, internacional y de inversiones.

¹³ Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, habiendo realizado el Diplomado de Arbitraje en la Universidad de ESAN y un posgrado con especialización para árbitros en la misma casa de estudios. Además, tiene un máster en Contrataciones Públicas en la Universidad de Castilla-La Mancha.

los plazos para arbitrar la resolución contractual en bienes, servicios, consultorías, obras y su alcance en torno a la ejecución contractual?

Juan Carlos Pinto Escobedo: Yo voy a hablar acerca de la figura de la caducidad.

Ante todo, disculpas por la demora. He escuchado atentamente lo que han hablado los expositores antes y, bueno, como bien dijo Marco Martínez, la normativa de contrataciones ha venido modificándose cada cierto tiempo, cada cierto número de años.

El primer TUO que agrupó un poco el desorden normativo que había fue en el año 2001, con los Decretos Supremos n.ºs 012 y 013; luego, pasa a los Decretos Supremos n.ºs 083 y 084 en el año 2004; luego, vuelve a ser cambiado en el 2008 con su modificación —en opinión de muchos, y me incluyo entre ellos, mala la modificación del 2012—; y, bueno recientemente, la Ley n.º 30225, que ha sido cambiada recientemente el año 2017, con el Decreto Legislativo n.º 1341.

Esta «evolución» que ha tenido la norma de contrataciones, y evolución entre comillas, ha modificado la figura de la resolución contractual tanto en lo que se refiere al contenido, como hablaba Marco, del caso fortuito o fuerza mayor y los demás términos poco felices en la redacción que incluyó el legislador, como también en el plazo de caducidad, el plazo que tienen las partes para arbitrar la resolución contractual.

Todos sabemos que las controversias que tienen los particulares con el Estado en el marco éste de la normativa de contrataciones, pues se resuelven por arbitraje.

En el año 2001, la norma no expresaba de forma clara el plazo de caducidad; sin embargo, con el TUO del 2004 dispusieron en el artículo 53 que el plazo de caducidad debía entenderse para la resolución contractual hasta la culminación del contrato, y tan igual que en el 2004, en el

2008 uno tenía que interpretar cuál era el momento de la culminación del contrato con otro artículo de la misma ley que indicaba que para bienes y servicios la culminación era con la conformidad de la recepción de la última prestación pactada.

Sin embargo, para los contratos de ejecución y consultoría de obras, el contrato culminaba con la liquidación, lo indicaba en el año 2004, y en el 2008 le agregan liquidación y pago correspondiente porque, claro, se dieron cuenta que algunos supuestos escapaban a este plazo de caducidad, que es muy importante porque, como todos sabemos, extingue el derecho de la acción.

Para el año 2008 y la última modificación con la Ley n.º 30225 ya entramos simplemente a afinar lo que se refería al plazo. El Decreto Legislativo n.º 1017 establecía como plazo de caducidad uno de 15 días, específicamente para la resolución contractual, al igual que para nulidad de contrato, recepción, conformidad de la prestación de validaciones y metrados y otros supuestos específicos. Es decir, ya no dejaba a las partes la interpretación sobre cuál era el momento de la culminación ni tampoco mantenía esta apertura para arbitrar controversias que surjan durante la ejecución contractual, sino que definía el plazo de 15 días hábiles para ese tipo de controversias, donde se encontraba la resolución contractual.

La Ley n.º 30225 y la reciente modificatoria, el Decreto Legislativo n.º 1341, amplían el plazo de 15 días a 30. Yo creo que esta ampliación de plazo —bueno, hay diversas opiniones— es favorable porque tratándose de una resolución contractual, que es básicamente la culminación, la extinción de la relación jurídica, las partes, bajo la premisa que han mencionado Marco, Ahmed y Alberto, inicialmente no desean suscribir un contrato para luego desvincularse, para luego resolverlo. Es decir, la resolución contractual es el remedio final luego de una serie de actos que han venido ejecutándose, que aparentemente es una decisión bastante pensada porque se articulan mecanismos que la misma ley y el reglamento ponen a disposición de las partes.

Arbitrar una resolución contractual supone decir que algo estuvo mal, ya sea en el fondo o en la forma; entonces, en ese análisis a veces no resultaban los 15 días un tiempo suficiente para realizarlo y, a veces, simplemente se articulaban las resoluciones contractuales y las partes controvertían éstas de forma casi automática.

Estos 30 días, pensando en que también un contratista puede resolver contrato, le permite a la entidad hacer todos los pasos administrativos que tiene para pasar por los informes legales y técnicos que le permitan ver si es que es posible controvertir o no la resolución contractual que un contratista practique.

De ambos lados, yo también coincido con Marco, en que la contratación pública tiene un sistema parecido a los contratos de adhesión. Sí creo que en el tema de la resolución contractual ambas partes tienen casi igualdad de poder para activar el mecanismo de resolución, con lo cual también es posible que un contratista resuelva un contrato y la toma de decisiones de la entidad y el análisis que tiene que hacer; lamentablemente, pues, pasa por plazos y procedimientos un poco más lentos que lo que ocurre con un privado.

Entonces, yo creo que esa modificación y «evolución», entre comillas, de la figura de la resolución contractual, en términos de la figura de la caducidad, es positiva. Siempre uno puede controvertir esto en un plazo menor a 30 días, pero se entiende que estos son plazos máximos y, bueno, creo que es positivo el cambio.

Juan Carlos González Salinas: Muchas gracias. Vamos a cerrar esta mesa con la siguiente pregunta: ¿cuál es su opinión sobre la resolución de un contrato de supervisión basado en la resolución del contrato principal, por ejemplo, una ejecución de una obra? ¿Cuál es la posición, asimismo, de la Dirección Técnica Normativa del OSCE?

Juan Carlos Pinto Escobedo: Gracias por la pregunta. Marco Martínez, justamente, mencionaba un caso que no creo que sea el mismo, pero deben haber varios en la flora y fauna de la contratación pública. Sé que Alberto Montezuma lo mencionó y Marco lo ha escuchado, hablaron de saldos de obra.

El saldo de obra, como saben —y lo explico un poco para los estudiantes— es aquel saldo, aquello faltante que no se terminó de ejecutar y que a veces posee bastantes temas complejos. En un hospital a veces puede ser que falte el equipamiento, en una carretera a veces pueden faltar determinados kilómetros finales, es lo que no se ha podido ejecutar. Y eso que no se ha podido ejecutar, que se denomina saldo de obra, a veces es muy complicado que otra persona lo termine.

Y es que lo que mencionaba Marco, y me llamó la atención, es que hizo una salvedad, salvo que una medida cautelar suspenda la convocatoria del saldo de obra. Esa pregunta surge en torno a un caso en donde, imaginemos, se venía ejecutando una obra y había una consultoría, una supervisión de la obra. El contrato principal, que es la ejecución de la obra, es resuelto por la entidad. ¿Por qué motivo? La lógica nos indica, pues, que la supervisión de la obra es entendida por algunos como accesoria al contrato principal; para otros, la naturaleza accesoria y la autonomía del contrato tienen otros matices como, por ejemplo, que la supervisión tiene que hacer varias labores después de ejecutada la obra, con lo cual si se resuelve un contrato de ejecución de obra no necesariamente termina resolviéndose automáticamente un contrato de supervisión, porque hay ciertos informes de liquidación de la obra final que tiene que analizar la supervisión.

Pero digamos que es accesorio al contrato principal. Si se resuelve el contrato de ejecución de obra, la lógica nos dice que la supervisión ya no tiene sentido. En este caso, se resolvió el contrato de ejecución de obra y también se le quiso resolver el contrato al supervisor. Resuelto el contrato, el supervisor arbitra la resolución contractual y lo que le dice

al tribunal arbitral es «¿por qué me van a resolver el contrato, si la entidad está convocando la licitación para el saldo de la obra? —justamente de lo que falta ejecutar, como les expliqué—, yo puedo seguir supervisando eso», el objeto no habría desaparecido del todo.

Bueno, obviamente, en el tribunal se tuvo bastante discusión en torno al fondo. No se llegó a laudar en el caso porque las partes conciliaron a la mitad, pero eso trae a colación una serie de temas.

Pidieron una cautelar porque la entidad, a la par que había resuelto el contrato de ejecución de obra y había resuelto el contrato de supervisión que estaba siendo materia de arbitraje, también había convocado no solamente la ejecución del saldo de obra, sino también había convocado la supervisión de ese saldo.

Entonces, el supervisor pide al tribunal una cautelar para que se suspenda la convocatoria del concurso público para la supervisión del saldo, ¿por qué?, porque si la resolución contractual que han practicado contra mí —a decir del demandante, injusta—, si el concurso público para ese saldo de supervisión llega a adjudicarse, este arbitraje ya no tiene sentido.

No sé si se comprendió bien el ejemplo, pero la DTN ha sacado en el 2017 la Opinión n.º 143-2017, en donde además de abordar la naturaleza de una prestación accesoria o de contratos accesorios y de contrato principal, que básicamente mantiene la misma lógica de años pasados, indica que, como pueda prever, para los casos concretos tiene que demostrarse que estamos ante un caso fortuito o de fuerza mayor, los requisitos de que el evento sea imprevisible, irresistible y que sea extraordinario.

En este caso, en donde la entidad resuelve el contrato principal —para resumir un poco y dar conclusiones—, se plantea como pregunta, ¿estaría formando parte de la generación del hecho generador

o el hecho que motiva el caso fortuito o fuerza mayor? Porque es la entidad la que forma parte, la que participa del supuesto, el cual invoca para resolver el contrato de supervisión. Entonces, de algún modo podrían algunos entender que esto hace que el caso fortuito o fuerza mayor no se configure para invocarlo como causal de resolución del contrato de supervisión porque, claro, si lo pudo prever y, si participó, no fue ajeno a su voluntad, no fue un hecho impuesto.

La DTN en esa opinión concluye, básicamente, diciendo que en consecuencia, en el marco de lo dispuesto en la anterior normativa de contrataciones del Estado, para que una entidad resolviera un contrato en particular por caso fortuito o fuerza mayor, ésta debía demostrarle al contratista que el hecho, además de ser extraordinario, imprevisible e irresistible, impedía continuar con la ejecución de las prestaciones de dicho contrato de manera definitiva, y subraya «de manera definitiva» porque, claro, en el ejemplo que les ponía había la posibilidad de que el supervisor todavía continúe supervisando el saldo dado que el objeto no había cambiado.

Entonces, es interpretable, claro. No estaba siendo definitiva esta imposibilidad o este hecho sobreviviente y concluye el OSCE diciendo que, *a contrario sensu*, cuando la entidad no probara lo antes mencionado no podría resolver el contrato, amparándose en la figura del caso fortuito o fuerza mayor.

Esto era lo que quería compartir con ustedes.

Juan Carlos González Salinas: Muchas gracias. Con esto, damos por concluida la mesa número tres.

CUARTO PANEL: INDEMNIZACIÓN POR INEJECUCIÓN CONTRACTUAL

*Alfredo Soria Aguilar*¹⁴

*José Zegarra Pinto*¹⁵

*Rodrigo Freitas Cabanillas*¹⁶

*Jorge López Fung*¹⁷

*Sonia Queija Alvarado (moderadora)*¹⁸

Sonia Queija Alvarado: Buenas tardes a todos los asistentes. Éste es el cuarto panel. Tenemos, como se pueden dar cuenta, grandes especialistas en la materia y abordaremos el tema de indemnización por inejecución contractual que, como saben, es uno de los temas más recurrentes

¹⁴ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en derecho civil, comercial y en contrataciones con el Estado, con maestría en Derecho de la Empresa y estudios de posgrado en la Universidad de Buenos Aires. Es árbitro y, asimismo, asesor del Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado.

¹⁵ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con más de 14 años de experiencia profesional en instituciones públicas y privadas. Profesor de las maestrías de Derecho Internacional Económico y de Derecho, Gestión y Alta Dirección de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Zegarra Pinto & Abogados y Consultores, especializado en derecho empresarial.

¹⁶ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se desempeña como árbitro y especialista en derecho de la construcción, solución de disputas y contratación con el Estado.

¹⁷ Abogado egresado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, socio del estudio CMS Grau, especialista en arbitraje internacional de inversiones por la Universidad del Pacífico.

¹⁸ Abogada egresada y titulada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, asociada del área de Solución de Conflictos del Estudio Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero, DU & Uría. Formó parte del equipo que obtuvo el primer lugar en la octava edición del MOOT Madrid 2016.

en litigios y un tema que, además, ha despertado innumerables dudas y cuestionamientos en cuanto a su aplicación.

Para ello, los panelistas han formulado algunos de los cuestionamientos y de las dudas que son más comunes al momento de tratar este tema. La manera en la que vamos a organizar este cuarto panel es formular algunas preguntas para algunos panelistas en específico, y los otros panelistas también podrán intervenir en las respuestas.

Con relación a la primera pregunta, me gustaría saber la opinión del doctor Alfredo Soria respecto a la siguiente duda: ¿resultan aplicables las normas del Código Civil relativas a la indemnización por daños en la contratación con el Estado?

Alfredo Soria Aguilar: Muchas gracias a ustedes por haber concurrido a este evento que, con mucho entusiasmo e ilusión, los alumnos de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas han preparado. Detrás de cada evento hay muchas cosas que hacer, me estoy enterando de tantas cosas que hay que hacer y les agradezco de verdad que compartan su tiempo en estos eventos; y también a los ponentes por estar dando parte de su tiempo y en horario de oficina, además. Hemos tenido en cada panel ponentes especialistas en la materia que son muy reconocidos en el mercado, en el ámbito del arbitraje y de la contratación con el Estado. Entonces, primero mi agradecimiento a todos los que han hecho posible este evento.

Vamos a contestar esta pregunta entendiendo un poco qué es lo que ocurre en el caso específico de la contratación con el Estado, y haciendo un paralelo con la contratación comercial, porque si no entendemos eso de repente al momento de aplicar algunas normas lo vamos a hacer de manera equivocada e imprecisa.

Entonces, en el ámbito de la contratación civil o comercial rige un principio que es el de libertad contractual, las partes pueden establecer

libremente el contenido del contrato, todos lo sabemos, y, además, en el ámbito civil y comercial la regla es que las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias a la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas, eso dice el artículo 1356 del Código Civil, ése es el marco de contratación en el ámbito civil.

En resumen, en el ámbito civil yo puedo pactar lo que quiera, siempre y cuando no transgreda el orden público, las normas imperativas y las buenas costumbres y ese marco está señalado, inclusive legalmente en el artículo 1354, de manera concordada con la norma quinta del Título Preliminar. Pero, además, si bien puedo pactar libremente, las normas que eventualmente puede haber y que resultan de aplicación a mi contrato son supletorias, no son imperativas.

Esto que acabo de comentar es una particularidad de la contratación civil y comercial, esto no ocurre en otras ramas del derecho; en derecho tributario las normas son imperativas, no hay normas supletorias; en el ámbito del derecho administrativo, tampoco; en el ámbito del derecho penal, las normas son obligatorias, imperativas. Totalmente distante de lo que ocurre en contratación civil, en la contratación civil podemos pactar lo que queramos.

Ahora, en el caso específico de la contratación con el Estado cambia totalmente el criterio. En el ámbito de la contratación estatal rige un escenario de reglas imperativas en el marco de la contratación con el Estado, las reglas que están señaladas por la ley no son supletorias de la voluntad de las partes, como ocurre en la contratación civil y comercial; en el ámbito de la contratación con el Estado, las normas son de carácter imperativo, pero las mismas normas a veces te dan la posibilidad de pactar como quieras, pero bajo determinados escenarios.

Más temprano escuchábamos a la doctora Elvira Martínez Coco, quien precisamente hablaba de un escenario en el cual las normas de contratación con el Estado te dicen, por ejemplo, penalidades por re-

traso, hay una fórmula que se aplica de manera imperativa, pero para cualquier otro tipo de penalidades distintas tú puedes pactar, si quieres, las que creas conveniente en la medida que sean razonables.

Así que tenemos un escenario distinto y para, precisamente, contestar la pregunta era necesario tener en cuenta eso.

Entonces, podría pensarse que como la norma de contratación con el Estado habla acerca de la indemnización, específicamente en la norma especial, se estaría dejando de lado la aplicación del Código Civil, pero ése no es el criterio en realidad. La norma de contratación con el Estado lo único que te dice, por ejemplo, es que ante la resolución del contrato se puede pedir indemnización, pero no dice más, con lo cual, en el caso de una indemnización, como la norma especial no establece cuáles son las reglas aplicables, de manera supletoria podemos aplicar la normativa del derecho común o del derecho privado, el Código Civil, en términos sencillos.

Por eso resultan aplicables exactamente todos los requisitos que deben cumplirse cuando alguien solicita una indemnización en la vía civil, tiene que haber un incumplimiento, imputabilidad, daño y nexo causal, y eso no solamente está en la doctrina, está en el artículo 1321 del Código Civil la imputabilidad, que es la culpa, vamos a poder aplicar también las normas del Código Civil y, por ejemplo, el artículo 1329 te dice que se presume culpa leve ante la mera verificación del incumplimiento del deudor. Todos los criterios de las normas civiles en el ámbito de responsabilidad contractual, en el ámbito de indemnización, vamos a poder aplicarlos en el ámbito de la contratación con el Estado, ¿por qué?, porque la norma de contratación con el Estado simplemente establece la obligación de indemnizar, pero no regula cómo se indemniza, cuáles son los elementos y todo este tema de la responsabilidad o indemnización. El marco de la contratación con el Estado, entonces, se va a regir supletoriamente por el Código Civil.

Entonces, así respondería y no sé si alguien tiene algo que comentar. Me he extendido bastante, a veces me emociono, mejor le pregunto a otro, si no voy a estar hablando solo. Muchas gracias.

Sonia Queija Alvarado: Muchas gracias, doctor. Continuamos, entonces, con la siguiente interrogante. En este punto, me gustaría escuchar la opinión del doctor José Zegarra respecto a lo siguiente: si se resuelve un contrato por aplicación del monto máximo de una penalidad compensatoria, ¿sería posible interponer una demanda por indemnización por los mayores daños?

José Zegarra Pinto: Buenas tardes, muchas gracias por la invitación. Este tema es muy simpático porque nos trae a colación un tema muy interesante que son las penalidades. Primero, ver qué tipo de penalidades tenemos, penalidades moratorias y penalidades compensatorias. Las moratorias, valga la redundancia, de alguna manera se trata de una indemnización por una determinada situación, en este caso, la demora como tal, con la lógica del deseo de culminación de la prestación a cargo; y, por el otro lado, tenemos las famosas penalidades compensatorias que, de alguna manera, estamos hablando de una indemnización por determinados supuestos que se podrían presentar.

Entonces, en resumidas cuentas, la pregunta nos habla de si es que se aplican las penalidades moratorias como tales, ¿tenemos habilitada la posibilidad de ir a solicitar una indemnización? Nuevamente, uno de los casos es por la demora como tal y, por el otro lado, hablamos de la naturaleza de las compensatorias, que son para resarcir ya la inejecución como tal.

Desde mi punto de vista considero que sí es posible porque, a diferencia de una penalidad moratoria que simple y llanamente, valga la redundancia, es el retraso, aquí todavía queda la posibilidad de poder obtener algo por el incumplimiento en este caso de todo. Nuevamente, y como bien lo ha señalado el doctor Soria, nos remitimos a

la fuente de todo esto, ¿dónde están las normas que van a posibilitar todo esto? En el derecho civil. ¿Dónde está la naturaleza misma de la penalidad moratoria y compensatoria? Nos remitimos a normas del Código Civil.

Inclusive, también se podría pactar, pues, el daño ulterior, en el caso de una penalidad compensatoria como tal, es decir, no cumplo con la prestación a mi cargo, se me aplica una penalidad, pero si está pactado el daño ulterior como tal, puedo solicitar una indemnización por el resto, por llamarlo así, por lo que queda pendiente, por el daño que se me ha causado.

El tema de las indemnizaciones como tal, en contratación pública, es algo muy normal; cada vez que estamos en un arbitraje —los doctores no me dejarán mentir, ni los que estamos presentes— eso es lo primero, «si me ha resuelto de manera indebida, indemnización»; y, como bien lo señalaba el doctor, cumplir con determinados tipos de supuestos.

Antiguamente, aunque ha bajado bastante ya, me acuerdo cuando empezamos con este tema del arbitraje era indemnización por 5 millones de soles, por 10, y al final sin ningún tipo de medios de prueba. Entonces uno feliz, entre comillas, «feliz» como árbitro, ya tenía su cláusula para poder inmediatamente resolver. Pero el tema, si se dan cuenta, es una mala asesoría en el fondo, porque se dan mayores honorarios y todo. Pero regresando a la pregunta primigenia, antes de que me vaya por otro lado, yo sí considero que es posible solicitar una indemnización si es que en ese contrato como tal se aplica una penalidad moratoria, porque en el caso de compensatorias si no se ha hecho como tal, podrían recurrir a eso.

Otra cosa fuera que existiera la penalidad compensatoria, eso sí ya inmediatamente me sustraería de esa posibilidad porque ¿qué es lo que pasa? A y B, en este caso una entidad y un contratista, ya pactaron que ante la presencia de un determinado incumplimiento se da por resarcido.

En el fondo, la naturaleza de la penalidad, ya sea moratoria o compensatoria, es reducir el tiempo de identificación de lo que bien señaló también el doctor, el nexo causal, de la antijuricidad, etcétera, porque basta que se presente el hecho objetivo e inmediatamente se aplica la penalidad. Muchas gracias.

Sonia Queija Alvarado: Muchas gracias, doctor. Efectivamente, todos conocemos, el pacto de penalidades cubre de alguna manera o constituye una especie de indemnización anticipada en caso se configurara alguno de los supuestos que habilitan al cobro de estas indemnizaciones o penalidades; sin embargo, en este contexto realmente el tema de si además de pactar penalidades, es posible recurrir al pago de indemnizaciones es un poco complejo.

En ese sentido, a mí también me gustaría, sobre esa pregunta, de repente, escuchar la opinión del doctor Jorge López.

Jorge López Fung: Muchas gracias, Sonia, muchas gracias al GICE, a mis excompañeros de la UPC, con algunos compartí salón, a otros los conozco de la vida y profesionalmente también, y felicitar al doctor Soria y a todo el grupo de estudiantes porque realmente la labor que hacen es increíble.

Algo de lo que renegamos un poco cuando estábamos en nuestra época de facultad, yo empecé la universidad en el 2008, era que no había mucha fuerza en estos eventos académicos, y quizá la culpa la teníamos nosotros mismos, quienes éramos estudiantes en esa época, porque no profundizábamos mucho en el crecimiento académico que en otras universidades estaba bien desarrollado y sí le dábamos bastante prioridad al tema profesional, porque la gran mayoría tuvo buenas prácticas de inmediato. Pero creo que este tipo de iniciativas no solamente fomenta que crezcamos profesionalmente, sino también académicamente a través de quizás no tanto la información teórica que podamos tener, sino básicamente en información práctica. Si se dan cuenta, revisando

la lista de los ponentes en esta conferencia, de verdad que es un lujo la organización que han tenido ustedes para poder hacer que personas que están generalmente muy atareadas puedan darse un tiempo para venir a este tipo de conferencias. Así que, nuevamente, felicitaciones.

Para abordar la pregunta específica, suele ser un tema bien complejo sí, y voy a aprovechar un poco la ilustración inicial que utilizó el doctor Soria porque, independientemente de las reglas específicas que hay en contratación con el Estado, muchas veces hay situaciones en las que no es tan fácil determinar cuál es la salida y, a modo de broma, a Sonia —con quien trabajamos juntos desde hace años— siempre le digo que generalmente uno el derecho no es que lo lleve en las venas, pero ya hay cosas que por lógica sabes; por ejemplo, yo no soy especialista en penal, pero sé que matar a una persona está mal. En casi todas las cosas, en casi todo lo relacionado al derecho aplica eso, pero en contratación con el Estado hay que ser muy específicos. No necesariamente aplica la lógica.

Y es por eso que quiero enfocarme principalmente en los dos tipos de penalidades que podríamos encontrar, tanto en el ámbito civil como en contratación con el Estado, independientemente del nombre que llevan; de hecho, en contratación con el Estado tenemos las penalidades por mora y tenemos también lo que se denomina «otras penalidades» y tienen distintas finalidades las otras penalidades, entendiéndose como propiamente causales taxativas que uno negocia y que pacta para que el solo hecho de su verificación y ante el incumplimiento de ellas se produzca una penalidad específica. Efectivamente, yo creo que es como una suerte de adelanto, que las partes en ese momento tomaron una fotografía y dijeron «éste va a ser el daño que yo voy a reclamarte ante la ocurrencia de este hecho».

Esto facilita mucho la tarea de los árbitros, pues, definitivamente, ante la ocurrencia de este hecho lo que deben hacer es, independientemente del cálculo de penalidades que, en realidad, ya no lo van a hacer

porque las partes que se pusieran en esa situación lo que van a hacer es emitir un laudo favorable o un laudo desfavorable hacia la parte que lo solicita.

Entendiendo la pregunta propiamente como el caso en el que se ha pactado penalidades moratorias, pero no compensatorias, sí se puede pedir la indemnización, yo creería que sí; pero si es que ya hay penalidades compensatorias, me animaría a decir que no. ¿Por qué no? Porque sería como gravar dos veces la misma situación y no solamente ello, sino que creo que ya la norma se pone en un remedio distinto, es decir, la norma te establece determinados topes para poder resolver un contrato, la Ley de Contrataciones con el Estado te dice que si te pasas más del 10% en la de las penalidades por mora, o si pasas más del 10% en las penalidades, tú puedes resolver el contrato. Creo yo que si ya hay una consecuencia específica para las causales de resolución del contrato, sería muy pernicioso para la Administración, por ejemplo, resolver el contrato y, a la vez, pedir más daños de los que se han generado.

Imaginémonos que hay penalidades convencionales, por ejemplo, más del 10%, la ocurrencia del último hecho generó 10% y también concurrieron otras cinco situaciones que forman 10% del contrato, con eso ya tienes 50%, y después de eso resuelves. Entonces, si te pones a pensar que realmente resuelves y encima cobras 50% de penalidades es, en un momento, excesivo. Yo lo que creo es que llega un momento en el que pasas ese porcentaje y tu herramienta se convierte en otra porque tienes la posibilidad de resolverlo.

Creo yo que con eso, sin ser una respuesta distinta a lo que nos ha dicho el doctor hace un momento, podríamos complementar. Muchas gracias por la pregunta, Sonia.

Sonia Queija Alvarado: Muchas gracias, doctor. Habiendo, entonces, quedado claro el tema y la posición de los ponentes en relación con la posibilidad de solicitar una indemnización pese a que existe

una penalidad moratoria o compensatoria, me gustaría continuar con la siguiente interrogante y, a este respecto me gustaría que el doctor Rodrigo Freitas nos diga su opinión con relación a la siguiente pregunta: ¿el contratista puede solicitar una indemnización por la inejecución contractual cuando deviene de una reducción de prestaciones por parte de la entidad?

Rodrigo Freitas Cabanillas: Bueno, ante todo, muy buenas tardes y agradecer al GICE por su cordial invitación, creo que es un evento maratónico y es muy útil para todos.

Para empezar, tengo que decir que la entidad funciona y tiene la calidad de garante del interés público, entonces tiene que cuidar de abastecerse de servicios, obras y bienes para, contractualmente, llegar al interés de todo el Estado. Para ello, se le da las funciones de cláusulas exorbitantes, estas cláusulas exorbitantes están netamente ligadas a la naturaleza de la función pública y ello está reconocido en la Ley de Contrataciones con el Estado, en específico el tema de la reducción de prestación, es decir que la entidad puede reducir prestaciones al contratista y no reconocerle ese pago. ¿Eso dónde está reconocido? En el artículo 34 de la Ley y en el artículo 139.

¿Por qué es una cláusula exorbitante o el *ius variandi*, como modificación unilateral del contrato? Porque, de acuerdo a la ley, para que se reduzcan las prestaciones tiene que nacer de parte de la entidad, de su área usuaria, y aterrizarse mediante una resolución del titular de la entidad, pero si el contratista quiere reducir prestaciones, le tiene que pedir permiso a la entidad para que ella recién pueda autorizar si es viable o no esa reducción de prestaciones. Ahora, nos preguntamos, ¿esta reducción de prestaciones va a todos los contratos? La respuesta es no. Si tenemos prestaciones indivisibles y divisibles, esta reducción de prestaciones solamente se va a dar en los contratos divisibles, dado que para ver esa diferencia tenemos que pensar en la naturaleza de las prestaciones.

Por otro lado, si estamos bajo un sistema de contratación a suma alzada o a precios unitarios, ¿esta reducción a quién afectaría? Pues afecta a los dos. Muchos contratistas dicen «No, yo pacté suma alzada, es un precio fijo, por un plazo determinado, así que tú me pagas igual si me reduces». Pues no. Justamente eso es una leyenda, no tiene validez de acuerdo a lo que señala la ley y el reglamento. ¿Por qué? Porque el reglamento es sumamente claro. Yo puedo reducir el 25% de las prestaciones, tanto para bienes, servicios y obras; no confundamos reducción con adicionales, para adicionales en obras es el 15%, y para mayores se tiene que solicitar o dar un permiso la Contraloría, pero en reducciones sí hay una uniformidad entre estos tres contratos.

Por otra parte, me gustaría también señalar respecto a que muchas entidades dicen «le voy a reducir varias prestaciones en distintos momentos, así que no hay ningún problema», pero sí hay un problema porque tu monto y tu límite es el 25%, no hay, se podría decir, un límite en número de reducciones, tú puedes hacer 50 reducciones, pero siempre que esto no vaya contra ese límite, que es el 25%.

Por otra parte, de lo que me ha preguntado Sonia, sale otra pregunta: ¿existe una indemnización si la entidad me reduce un porcentaje mayor al 25%? La respuesta genera mucho más, va más allá, ¿por qué?, porque la entidad solamente puede reducir el 25%, si reduce más del 25%, tú automáticamente tendrías que llevarlo a arbitraje y solicitar ahí una indemnización, pero si te reduce hasta el 25%, está dentro de sus potestades solicitar la reducción y el no pago, tanto a la suma alzada, a los precios unitarios y demás. Gracias.

Sonia Queija Alvarado: Muchas gracias. Siguiendo, precisamente, con el análisis de los principales temas que hay en torno a las indemnizaciones por inejecución contractual, el doctor Soria ha propuesto una pregunta que resulta sumamente interesante, y es la siguiente: ¿es necesario que se resuelva el contrato para que se pueda solicitar una indem-

nización por daños ante un incumplimiento contractual? Escuchemos la opinión del doctor Soria.

Alfredo Soria Aguilar: Bueno, quería saber qué tanto tiempo tenemos para este panel. El tema es el siguiente: a veces se piensa que hay que resolver el contrato para poder pedir una indemnización y eso no es verdad, porque ante un incumplimiento basta, simplemente, la verificación del incumplimiento para que el acreedor tenga diferentes alternativas ante ese incumplimiento, es decir, hay una serie de medidas que puede tomar el acreedor ante el incumplimiento contractual.

Entonces, si a una entidad del Estado le incumplen, la entidad del Estado puede aplicar penalidades, puede resolver el contrato o puede, simplemente, pedir indemnización o podría, eventualmente, tomar las medidas que considere convenientes para ejecutar la garantía, etcétera. Hay una serie de mecanismos ante el incumplimiento, o sea, la forma en la cual la ley está tutelando a la entidad o al contratista, porque puede ser el contratista, también el acreedor, es de lo más amplia. Entonces, la indemnización no necesariamente deviene de la resolución.

Sonia Queija Alvarado: Muchas gracias, doctor. Sobre este tema también me gustaría contar con la opinión del doctor López.

Jorge López Fung: Muchas gracias, Sonia. Coincido con la opinión del doctor Soria y creo que no es necesario primero resolver. De hecho, la Ley de Contrataciones con el Estado establece determinados supuestos en los que se podría llevar a arbitraje una situación de perjuicio para alguna de las partes, entonces ahí sí quizá voy a derivar la pregunta a otro tema que está relacionado.

Podemos ir a arbitraje, en principio, dentro de los plazos de caducidad establecidos en la norma; está establecido de manera taxativa, porque es un plazo de caducidad. No hay ningún plazo para poder solicitar la indemnización del contrato; de hecho, si lo que se quiere

llevar a arbitraje es la resolución, sí hay un plazo determinado, pero si es una situación que te puede generar daño, lo puedes hacer en cualquier momento del contrato.

El tema puntual es ¿qué pasa, por ejemplo, en el caso de las penalidades? Generalmente, lo que pasa es que te emiten una primera resolución en la que te establecen una penalidad, que es aproximadamente el 8% del monto del contrato, tienes una segunda penalidad que es el otro 2%, llegaste al 10% del monto del contrato, te resuelven el contrato y te vas arbitraje, evidentemente, porque una de las —creo que, en la práctica, podría decirse de manera coloquial— facilidades que tiene la Administración es que te puede resolver cuando se le dé la gana, te puede inventar razones y tú, parte perjudicada, lo que tienes que hacer es ir a arbitraje.

Bueno, vas a arbitraje e, independientemente a que lo demuestres o no, tu contrato ya está resuelto. Entonces, lo que pasa mucho en la práctica es que la otra parte dice «Bueno, las penalidades no me las discutiste en su debido momento porque la primera resolución de penalidad te la expedí hace cuatro meses, la segunda resolución de penalidad te la expedí hace dos meses, así que tu derecho ya caducó». Eso es un error grave porque el plazo de caducidad comienza a computarse a partir de la resolución del contrato, y no hay un plazo establecido para uno poder discutir las penalidades. De hecho, para supuestos que son distintos a los taxativos establecidos en la norma lo que te dice la ley es que puedes hacerlo hasta que se dé el pago final del contrato y, eventualmente, sea cual sea la decisión que se haya tomado, siempre la Administración tiene el control de cuándo te resuelve ya sea de manera justificada o injustificada.

Así que creo que éste es un tema que da para más, tal vez no en este panel, pero sí quería traerlo a colación, porque es uno de los grandes, no vacíos, sino creo que ha estado sujeto a una mala interpretación por parte de la Administración Pública.

Sonia Queija Alvarado: Muchas gracias. Efectivamente, lo usual normalmente es que en un pedido, en una demanda arbitral, se acumule y se pida, además de la resolución, el pago de penalidades o de una indemnización; entonces, normalmente se tiende a creer que siempre se necesita resolver el contrato antes de solicitar el pago de una indemnización y, en este caso, como ya han expuesto nuestros panelistas correctamente, no necesariamente ello es así.

Continuamos, entonces, con las interrogantes que nos plantea el tema que estamos discutiendo en este panel, y para eso me gustaría pedir la opinión del doctor José Zegarra respecto a la siguiente interrogante: si producto de una modificación contractual, el equilibrio económico y financiero de un contrato se ve afectado y éste no es compensado por la parte beneficiada, ¿se debería solicitar una indemnización?

José Zegarra Pinto: Muchas gracias. Acá se trae también a colación otro tema muy importante, muy simpático, que es el equilibrio económico y financiero del contrato. A veces he visto en algunas lecturas, antiguamente sobre todo, confusión entre lo económico y lo financiero, que son dos criterios totalmente distintos. A veces uno dice «oye, he ganado un arbitraje y me han devuelto mis 3 millones, los 3 millones que corresponden después de dos años y medio», económicamente estoy bien, pero financieramente hablando, ¿tiene el mismo valor un dinero de hoy de aquí a tres años?

Esto mismo, como es lo lógico, es algo a tener en consideración al momento de establecer una situación como la que se nos está planteando con la pregunta ¿qué es lo que pasa si hay una ruptura, un desequilibrio económico y financiero en el contrato? No estamos hablando de lo que yo quiero, mis deseos, no; sino que económicamente yo tenía planeado tanto, financieramente implicaba tal y tal, los ratios iban a ser A y B con respecto a la conclusión del mismo, ¿y qué pasa si se afecta?

La norma nos dice que inmediatamente la parte beneficiada es la que tiene que compensar dicha situación. Pero ahí viene la pregunta, ¿qué pasa cuando esta parte beneficiada no te compensa? Yo sí, particularmente, considero que, uno, puede darse la situación; dos, cabría una indemnización, lo más lógico es que se te van a ocasionar daños y perjuicios fruto de esa actividad, porque si tienes una reducción, como la que nos ha conversado el doctor, digamos más allá del 25%, que es lo permitido, inmediatamente ya te está causando un desequilibrio económico, por lo menos, inmediatamente.

¿Qué es lo que va a pasar? Vas a tener toda una serie de complicaciones, como es lo lógico, como tal. Particularmente, sí considero que se podría optar por una indemnización en ese tipo de situaciones. ¿Por qué? Porque te está generando desequilibrio realmente, pues ya estamos hablando más allá de la cuarta parte del contrato, financieramente hablando a cualquiera lo descalabra, normalmente cuando uno va en ganancias, pues 8%, etcétera, por ahí va, pero 25, 26% ya es un golpe frontal contra las utilidades que uno, de alguna manera, desea o percibe.

Pero, como es lógico, para el supuesto que se ha conversado el daño también tiene que ser probado, no simple y llanamente va a ser un tema que yo pienso y yo creo; y un tema también que vamos a ver más adelante es el famoso daño moral, que eso debe estar para el final porque es el más bonito. Pero, particularmente, regresando a la pregunta, y para tener cuidado con el tiempo también, yo sí considero que se podría optar por la indemnización en ese supuesto.

Sonia Queija Alvarado: Muchas gracias. Continuando, entonces, me gustaría pedir la opinión del doctor Rodrigo Freitas con relación a la siguiente interrogante: ¿es factible que la entidad reconozca costos por un cambio contractual cuando nos encontramos bajo un servicio de precios unitarios y sin fórmula de reajuste?

Rodrigo Freitas Cabanillas: Bueno, para ser transparentes, me acaban de decir que sea cortito, así que lo voy a hacer.

Para responder esta pregunta voy a dar un simple ejemplo. Nos encontramos ante un contrato de servicios cuya estructura de costos incluye el pago de remuneración mínima vital. Supongamos que actualmente, como ha pasado, en estos contratos de servicios la remuneración mínima vital sube. ¿Qué sucede si no tenemos fórmula de reajuste y estamos en precios unitarios? Cuando hablamos de precios unitarios es que las magnitudes y las cantidades no son determinadas, con lo cual se va a pagar de acuerdo a su ejecución.

Entonces, actualmente, cuando pasa esto, la entidad, como dijo también el doctor Zegarra, tiene que adoptar medidas sobre el equilibrio económico financiero y tiene que reconocerle los pagos al contratista. ¿Por qué debe reconocerle los pagos el contratista si ha aumentado la remuneración mínima vital? Porque de acuerdo al artículo 39 del reglamento, cuando uno oferta, están incluidos los tributos, los seguros y los costos respecto a la remuneración laboral vigente. Es decir, uno está poniendo, al momento de presentar su propuesta, ya los costos de lo que va a tener que pagar a los trabajadores como remuneración mínima vital. Si esto sube, como actualmente ha pasado, estos costos además tienen que ser reconocidos por la entidad.

¿En qué casos no son reconocidos por la entidad? Cuando los postores han puesto muchos más costos en su propuesta económica respecto a los costos laborales. En ese sentido, ahí no tendría por qué reconocer, porque el equilibrio económico no se ha visto afectado.

Sonia Queija Alvarado: Muchas gracias. Finalmente, ya para ir terminando con las interrogantes que nos genera este tema, me gustaría saber la opinión de todos los panelistas con relación a la pregunta que justamente el doctor Zegarra ha resaltado por ser muy interesante, que

es la siguiente: ¿cabe el otorgamiento de daño moral ante el incumplimiento de un contrato con el Estado? Doctor Jorge López.

Jorge López Fung: Bueno, es una pregunta muy interesante, pero yo lo que creo es que en la medida en que se pueda probar, un punto bien complicado es el daño moral ¿no?, sobre todo el tema de la probanza, y nos pasa mucho a los que vemos litigios, generalmente cuando presentamos pruebas o cuando respondemos pedidos o demandas siempre hay que analizar si es que está debidamente acreditado el daño moral, porque yo me animaría a decir que no hay una forma preestablecida y correcta de acreditar ese daño.

Considero que en la medida en que se pueda probar este daño no habría razón para la que no entre en el pedido.

Sonia Queija Alvarado: Muchas gracias. Doctor Soria.

Alfredo Soria Aguilar: Sí, se puede acreditar, por ejemplo, en el caso de la persona jurídica, alguien podría decir: «oye, pero no hay sufrimiento, no hay dolor en la persona jurídica, eso es para la persona natural». Ésa es la visión tradicional del daño moral.

Actualmente, como bien decía Jorge López, estamos en un escenario en el cual el daño moral es sinónimo de daño extrapatrimonial y el daño extrapatrimonial puede ser muy diverso, por ejemplo, el prestigio de una empresa. Si, por ejemplo, se afecta, como consecuencia de una actuación estatal, el prestigio de una empresa, podríamos acreditar que hay un desprestigio. ¿Cómo?, por ejemplo, a los funcionarios diciendo que es un mal proveedor o que ha incurrido, por ejemplo, ha incurrido en actos de corrupción cuando el contratista, por ejemplo, no ha estado en ningún acto de corrupción y ha cumplido fielmente el contrato, lo están desprestigiando, al contratista o a la empresa.

¿No tendría acaso la posibilidad el contratista de reclamar? Sí. El tema es que podemos acreditar de repente un daño extrapatrimonial, pero lo difícil y realmente difícil va a ser cuantificar el daño, porque decimos «ya está acreditado, acá están los periódicos en donde comentan, dicen cosas que no son y afectan el prestigio». Sí, está acreditado, pero ¿por cuánto indemnizamos? Ése es el gran problema.

Sonia Queija Alvarado: Muchas gracias, damos por concluido, entonces, este panel. Muchas gracias a todos.

PALABRAS DEL DOCTOR MARIO CASTILLO FREYRE. PRESENTACIÓN DEL LIBRO *ACTAS DEL II SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO - GICE 2017*

Voy a hablar de manera muy breve. Muy buenas tardes, para mí es un gusto siempre venir invitado a la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, lo hago con mucho gusto, con todas las muy buenas iniciativas que siempre auspicia esta casa de estudios.

En esta oportunidad, estos cinco minutos que voy a hablar solamente son para presentar este libro que acaba de aparecer hoy, que es el volumen 51 de la *Biblioteca de Arbitraje* y se titula *Actas del II Seminario de Actualización en Contrataciones con el Estado - GICE 2017*.

Tengo que explicar algunas cosas en relación con esta publicación. En primer lugar, tomé conocimiento de lo que era el GICE el año pasado, cuando me invitaron al segundo seminario, precisamente. Yo no sabía qué era el GICE, recibí una invitación muy gentil, pero no tenía ninguna idea y ahí tuve la oportunidad de conocer a sus integrantes, de saber quiénes estaban. Bueno, sí conocía al doctor Alfredo Soria, que es un muy buen amigo y colega de cátedra en la Universidad Católica, y tuve la grata sorpresa de conocer a la directora del GICE, que nos acompaña aquí, que es Lesly Shica Seguil, quien realmente me sorprendió por su empuje, por el ímpetu con el que organizaba ese evento hace un año y por el cariño que le ponía a este segundo seminario, de tal manera que era un evento realizado con la mayor pulcritud en el auditorio de Telefónica el año pasado, de tal manera que fue un éxito.

Entonces le dije a Lesly: «Mira, ¿qué te parece si publicamos estas actas del II Seminario de Actualización de Contrataciones con el Estado?». La publicación se incorpora dentro de una colección que se

llama *Biblioteca de Arbitraje*. Esta colección ya va a cumplir doce años y éste es el volumen 51 de la colección, se imprime en formato papel, se distribuye gratuitamente y también tiene una edición virtual, que está colgada en la página web de mi Estudio y también la distribuye gratuitamente la editorial IJ Editores, en formato virtual, una editorial argentina, desde hace un año.

De tal manera que la finalidad de la *Biblioteca de Arbitraje* es promover, a través de esta colección, el debate de ideas en materia arbitral y qué mejor que incorporar a la colección este volumen del II Seminario de Contrataciones con el Estado y, de hecho, en aquella oportunidad también hicimos toda una ceremonia de entrega de los videos con las imágenes del año pasado y nos comprometimos a seguir editando y publicando los sucesivos seminarios que realice el GICE con todo gusto por parte del Estudio.

Así que ésa es, en realidad, la razón de mis palabras en estos breves minutos. Muy contento por el compromiso del GICE con el arbitraje y con la contratación estatal en su conjunto, de tal manera que esfuerzos como éstos tienen que ser reconocidos por quienes estamos en el medio y si pueden ser incorporados para una colección que ya tiene años en el medio, qué mejor, porque lo peor que le podría pasar a un evento, o lo peor que puede pasar con un evento, porque suele ocurrir con un evento de esta naturaleza, es que solamente sea conocido por quienes asisten a él y no sea conocido por nadie más. Claro, quedarán en la memoria las exposiciones, los gratos recuerdos de los momentos vividos, pero ahí quedó. De tal manera, de esta forma tratamos de perennizar estas ponencias y, además, sirva el libro como un documento de su tiempo, porque suele ocurrir cuando uno revisa publicaciones de arbitraje en el Perú de lo que ocurría hace diez, doce o más años que uno dice «Bueno, las cosas cómo han cambiado, cómo han evolucionado desde ese momento». Ésa será la impresión de quienes no lo lean en estos tiempos, sino algunos años después.

Concluyo felicitando la labor que realiza el GICE y, en especial, a su directora, con quien nos hemos hecho muy amigos, y la felicito y los felicito a todos por la excelente labor de difusión de la contratación estatal y el arbitraje que vienen realizando. Muchísimas gracias.

QUINTO PANEL: ARBITRAJE EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO

*Enrique Ferrando Gamarra*¹⁹

*Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio*²⁰

*Mario Castillo Freyre*²¹

*Lesly Shica Seguil (moderadora)*²²

Lesly Shica Seguil: Gracias. Vamos a dar inicio al último panel sobre «Arbitraje en Contrataciones con el Estado». Este panel final tiene por objeto discutir las precisiones sobre el arbitraje como mecanismo de solución de controversias surgidas en el marco, nuevamente, de la contratación estatal.

¹⁹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con más de 25 años de experiencia en litigios judiciales y arbitrajes. Es árbitro y, actualmente, es socio principal del estudio Osterling, en donde dirige las áreas de Seguros y Reaseguros, Solución de Controversias y Derecho Corporativo.

²⁰ Abogado y magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con posgrado en Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca y posgrado en Instituciones Jurídicas del Mercado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Actualmente es consultor independiente y árbitro.

²¹ Magíster y doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

²² Abogada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, docente de posgrado en la Universidad del Pacífico y, actualmente, se desempeña como asesora del despacho ministerial del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

La normativa, la ley y el reglamento, de este mecanismo disponen como regla general al arbitraje institucional, precisando que sólo en casos excepcionales las partes podrán resolver las controversias mediante un arbitraje *ad hoc* en determinados supuestos. En ese sentido, el artículo 45 de la ley, que precisa los medios de solución de controversias en la ejecución contractual, señala que aquellas controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes. Así, también, precisa que ese arbitraje institucional se realiza en una institución arbitral acreditada por el OSCE, conforme a lo dispuesto en la directiva que apruebe la institución.

En ese sentido, como disposición general, el reglamento precisa que de haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, la institución arbitral debe encontrarse debidamente acreditada ante el OSCE, correspondiendo a la parte interesada recurrir a la institución arbitral elegida en aplicación del reglamento que se haya establecido.

En este contexto introductorio sobre mecanismos de solución de controversias, como es el arbitraje, iniciamos con la primera pregunta para conocer la opinión de los distintos docentes y grandes profesionales del derecho, que es la siguiente: ¿qué requisitos deberían tener los nuevos centros de arbitraje que se creen, justamente, al amparo de esta normativa actual de contratación estatal? Podemos comenzar con el doctor Paolo del Águila.

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio: En primer lugar, muchísimas gracias al GICE por la invitación. Lamenté mucho no haber estado el año pasado, se me cruzaba con un viaje, no me acuerdo qué, algo profesional, pero en la primera edición, que fue el anteaño pasado, que fue creo que en el auditorio de Telefónica, me quedé sorprendido, como le decía a Alfredo Soria hace un rato, con el tremendo interés, las ganas,

el empuje de los chicos de GICE de la UPC, para llevar a cabo este tipo de foros que son muy importantes. Y esto, unido al apoyo de Mario, yo creo que va a ser un gol de media cancha, ahora que nos acercamos al mundial.

Lesly, nos planteas una primera pregunta sobre qué requisitos deberían tener los centros de arbitraje para la acreditación, conforme a la Ley de Contrataciones, al artículo 45. La verdad es que yo, primero, quisiera reiterar la pregunta y decir si la directiva que sacó OSCE el año 2016 —y se lo digo porque de memoria no me acuerdo el número, pero para los que están interesados es la Directiva n.º 019-2016-OSCE, de la presidencia del OSCE— es suficiente o no, o contiene los requisitos que debieran tener los centros de arbitraje.

Sobre eso, a raíz de este conversatorio, he tenido el cuidado de revisar cuidadosamente esa directiva. Realmente no le había prestado mucha atención, de hecho la primera vez que la vi me parecía bastante prolija, demasiado, pero me doy con la sorpresa —no con la sorpresa, me doy con la triste realidad— de que nuevamente estamos teniendo un problema, que creo que es endémico en todas las directivas de contratación estatal, que es una suerte de sobrerregulación.

Si uno revisa la directiva va a ver que las exigencias o los estándares de exigencia para que un centro de arbitraje pueda estar acreditado en el país, sin temor a equivocarme, los deben cumplir centros contados con los dedos de una sola mano, a las justas yo creo que la CCI podría cumplirlos y, por ahí, la London Court, los demás no creo.

Entonces, ¿qué estamos haciendo? Estamos, creo, primero, generando una expectativa que no se va a dar, estamos imponiéndoles a los centros de arbitraje —creo yo, con buenas intenciones en el fondo, pero desconociendo lo que es la realidad arbitral— una suerte de exigencia casi imposible de cumplir. Basta recordar, para los que hemos tenido oportunidad de arbitrar en los centros de arbitraje de provincias, sobre

todo en las cámaras de comercio de provincias, que la figura del secretario general, del secretario arbitral, del administrador del centro y hasta de quien hace las veces de mesa de partes la tiene una sola persona, y esta directiva quiere que haya más o menos unos 4 o 5 funcionarios por centro y un sinnúmero de documentos, lo cual en la realidad no se va a cumplir.

Y esto, un poco, trae también a colación otro comentario que les dejo en el aire, de repente para comentarlo más adelante, que es que hasta la fecha, y pese a que ya pasaron dos años de esta norma, no hay ningún centro de arbitraje acreditado en el país, ni siquiera los centros grandes se han acreditado, con lo cual, incluso, estaríamos en una situación medio extraña donde, si bien la ley establece obligatoriamente el arbitraje institucional a partir de cierta cantidad del monto controvertido, pues esto, en la práctica, no se estaría dando, porque ningún centro ha sido acreditado por el OSCE. De hecho, no hay, hasta donde tengo conocimiento, ningún trámite al respecto.

Entonces, con relación a los requisitos, yo plantearía olvidarnos de la directiva de OSCE y dejar que, siendo éste un servicio o un mercado de servicio arbitral que lo prestan instituciones principalmente privadas, sean ellas las que establezcan internamente sus propios reglamentos, se autorregulen. Esto, sin dejar de lado las obligaciones legales que tienen todos los centros, y que sean las partes —si quieren de manera institucional, también podría ser *ad hoc*— las que terminen eligiendo los centros más eficaces para el trámite de resolución de sus conflictos.

Creo que, para comenzar, plantearía una revisión integral de si es conveniente la acreditación de los centros, máxime cuando tenemos una directiva que, a mi juicio, es absolutamente sobrerreguladora y hace la vida más complicada para todos los centros y también para las partes.

Lesly Shica Seguil: Gracias, doctor. Muy bien, entonces, el doctor Paolo del Águila plantea que el OSCE vuelva a la realidad para establecer

los mecanismos de acreditación de los centros. Continuamos con el doctor Enrique Ferrando, para conocer su opinión sobre el tema.

Enrique Ferrando Gamarra: Sí, totalmente coincido. Muchas gracias, en primer lugar, a los organizadores y a ti, por este importante evento. Coincido totalmente con Paolo, una buena iniciativa cae en manos de alguien que tiene mucha iniciativa, pero no tiene la menor idea de cómo llevarla a la realidad y termina legislando de una manera impracticable.

No es una mala idea que el arbitraje institucional tenga cierta regulación porque los centros de arbitraje no deberían apartarse de sus características esenciales. Justamente, el arbitraje institucional ha sido recogido para la contratación pública por las ventajas que tiene ese arbitraje institucional, entonces lo que tenemos es que atender a cuáles son esas características esenciales, que son las que legislador ha tenido en cuenta, para exigir que el arbitraje del Estado sea institucional.

¿Qué cosa tienen los centros de arbitraje? Los centros de arbitraje tienen, en primer lugar, reglamentación, tienen un reglamento procesal de arbitraje, y ¿por qué es importante tener un reglamento procesal?, porque hace predecibles las reglas procesales. Entonces, tenemos un reglamento procesal; ¿qué otra cosa tienen? Un código de ética; tienen estatutos; tienen un reglamento tarifario, lo cual impide que los árbitros arbitrariamente establezcan, pues, honorarios descomunales, totalmente desproporcionados, hay límites. De otro lado, la diferencia, por ejemplo, de un arbitraje *ad hoc*, cuando se presenta una recusación, quien resuelve es un consejo superior, un directorio, un directorio integrado por notables y ese directorio es independiente, no está subordinado a ningún órgano.

Entonces, hay ciertas características de los centros de arbitraje que hace que un arbitraje institucional ofrezca más garantías de debido proceso, más garantías de orden, de disciplina, de independencia, de imparcia-

lidad, que un arbitraje *ad hoc*. Eso no quiere decir que los arbitrajes *ad hoc* sean malos, pero ése no es el punto. La discusión es qué características tienen que tener esos centros; bueno, las características normales. Ahora, si nos vamos a poner a redactar requisito, tras requisito, tras requisito, pues vamos a llegar a un punto en que ningún centro en el Perú cumple esos requisitos, entonces, estamos en la situación actual, en la que la ley dice arbitraje institucional obligatorio, pero no hay ningún centro de arbitraje acreditado en el OSCE, con lo cual los centros de arbitraje continúan su vida normal al margen del OSCE. Entonces, lo que tenemos que hacer es regresar a la realidad.

Lesly Shica Seguil: Regresar a la realidad. Muy bien, muchas gracias. Doctor Castillo.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias por permitirme compartir este panel con amigos tan preciados y juristas tan connotados como los tres que me acompañan.

A ver, un día yo estaba en mi cuarto, eran las 2 a. m. y me estaba tomando un trago, un whisky creo, no tenía sueño y estaba viendo televisión, el canal 12 o 7, creo que era un canal del Estado, no me acuerdo, seguro fue el 7 —fue alucinante, fue una mezcla de trago y lo que vi, en serio—, ¿saben qué cosa vi?, vi la reunión de la Comisión de Integridad que sesionaba con el Presidente la República, Pedro Pablo Kuczynski, en donde se estaban discutiendo las medidas para frenar la corrupción en el Perú. Y me gané porque, obviamente, no es que haya sintonizado una hora, sino que cambiando de canal agarré la parte en la que se estaba hablando del arbitraje, entonces, me despabilé un poco, ¿no es cierto?, y estaba diciendo el presidente de la Comisión de Integridad —no me pidan que recuerde exactamente, dadas las circunstancias—, algo así como que se había detectado que en el arbitraje *ad hoc* había más corrupción que en el arbitraje institucional y que, por lo tanto, en materia de contratación estatal había que establecer como regla el arbitraje institucional.

Terminada la intervención del presidente de la Comisión de Integridad, —está grabado, además, no estoy incurriendo en ninguna inexactitud, en general—, el Presidente la República intervino, obviamente, como cualquier presidente de un país como el nuestro y dijo «Ah, bueno, qué interesante. Yo creo que no debe haber mayor dificultad para imponerlo en una norma». Eso fue todo lo que se discutió en torno a pasar de un arbitraje institucional y *ad hoc*, a un arbitraje institucional obligatorio, salvo el supuesto de excepción en los casos de menor cuantía; y eso fue todo.

Si no lo han visto, búsquenlo, debe estar por algún lado, nadie lo debe ver, además, ustedes deben ser los únicos que busquen ese documento fílmico, pero eso existe. Entonces, ¿cuál fue el razonamiento para pasar del sistema anterior a éste? Ése. Entonces, la primera pregunta que uno se tiene que hacer es —yo me la he hecho mil veces—: ¿convenía pasar a una regla de arbitraje institucional?

Yo, la verdad, no sé. ¿Y saben por qué no sé? Porque, claro, si todos nuestros centros de arbitraje no son como el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima o como el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, que son los dos centros de arbitraje, digamos, más conocidos y más solventes en el Perú, entonces, tus otros centros de arbitraje, tus niveles de control, tus niveles de seguridad, tus niveles de eficiencia, tus niveles anticorrupción, de políticas anticorrupción y todo lo demás como que no distan de un arbitraje *ad hoc* y de un mal arbitraje, porque hay el prejuicio de que el arbitraje *ad hoc per se* es malo, y el institucional *per se* es bueno. ¿Y eso por qué? Tú tienes arbitrajes *ad hoc* que son extremadamente buenos y otros que son muy malos, e institucionales en donde pasa exactamente lo mismo; entonces, lo que no nos damos cuenta es que todo depende de las personas que sean los árbitros, ¿no es cierto? y, además, hay un tema acá que es muy importante, o sea, ¿acaso las personas que participan en los arbitrajes *ad hoc* no son las mismas que participan en los arbitrajes institu-

cionales?; ¿o es que los que participan en los arbitrajes institucionales son otros árbitros que aquellos que participan en los arbitrajes *ad hoc*?

Entonces, hay como esta ficción, en el sentido de que aquí vamos bien y acá va mal, por lo tanto, todo al arbitraje institucional. Ahora viene el tema, una vez cambiado el sistema, ya, institucional, entonces uno tendría que hacerse la pregunta: «Bueno, ¿qué características deberían ser deseables para que los arbitrajes en el Perú sean institucionales?», o sea, ¿qué características deberían tener los centros de arbitraje?

Yo creo que las características deberían, en todo caso, asumirse como deseables dentro de los estándares existentes en los mejores centros de arbitraje en Lima y en dos o tres regiones del Perú, que uno puede rescatar algunos centros de arbitraje que son buenos. Es decir, asumir que esos son nuestros centros de arbitraje, con esos niveles de infraestructura, de control, de organización, de personal, etcétera.

Ahora, yo recojo algo que no me parecería mal, un poco dándole la vuelta a la idea, es decir, si la norma fuese tan estricta y sólo nos permitiera tener cuatro, qué bueno, ¿saben por qué?, les digo por qué: porque desde que se dio la norma he escuchado de tantos centros de arbitraje que se están abriendo, en tantos lugares del Perú, por tantas personas que conozco y algunas que quisiera no conocer, que preferiría que no se abran, ¿qué tal?, prefiero que no existan.

Si me preguntan mi opinión, «Sí, oye, ponles los requisitos que se ponen para poner un banco», o sea, para que nadie los cumpla, para que los cumplan tres, ya si cumplen tres o cuatro, mejor, ¿por qué?, porque mientras más elevas esos niveles, más seguridades tendrás del funcionamiento, o sea, total, ¿te has pasado al institucional o no?, pues que tu institución funcione bien.

Ahora, bueno, como todo en el Perú, pienso que esto es revisable, porque acá todo es revisable, y más aún cuando cambia el Consejo de

Ministros, ahora que se ha cambiado de Gobierno, de presidente, esto será revisable seguramente y podrá ser sometido a discusión. Pero lanzo estas ideas como parte de los temas que me siguen atormentando y que seguramente harán que otro día tampoco duerma. Muchas gracias.

Lesly Shica Seguil: Muy bien doctor, muchas gracias. Entonces, pasamos a la segunda pregunta para complementar el análisis de esta primera en relación con una controversia que se escucha en el mercado nacional respecto de la naturaleza, de la razón de ser del árbitro y si debería considerarse al árbitro como un funcionario público toda vez que resuelve controversias en contrataciones con el Estado. Quizá en algún momento ustedes, en el marco de un arbitraje con el Estado, han sentido ser un funcionario público o estar en el rol de ellos. En todo caso, ¿cómo hacer para que continúe la obligatoriedad del arbitraje *per se*? Podemos conversar ahora con usted, doctor Ferrando.

Enrique Ferrando Gamarra: Bueno, eso es absurdo. Hay algún iluminado que dijo «Bueno, vamos a convertir a los árbitros en funcionarios públicos y de esa manera les hacemos aplicables a los árbitros todas las disposiciones de los funcionarios públicos». Bueno, si quieren hacer aplicables las disposiciones de los funcionarios públicos, no necesariamente nos tienen que pintar de funcionarios públicos. Simplemente, se cambia la ley y se dice «Ahora, los árbitros van a incurrir en tal y tal delito, las penas van a ser tales y tales, y las sanciones van a ser tales y tales»; pero, no es necesario, no es indispensable convertir a los árbitros en funcionarios públicos para hacer extensiva la legislación de funcionarios públicos.

Pero ésa no es la razón por la cual es absurdo; es absurdo porque la legislación le encarga al funcionario público proteger los intereses del Estado, ésa es la función esencial del funcionario público y, ésa es la razón por la cual, si el funcionario público es desleal, traiciona sus principios, le saca la vuelta al Estado, recibe una condena mayor, o sea,

es agravante ser funcionario público porque está traicionando aquello que tiene la obligación esencial de proteger.

Entonces, por esa razón es que al funcionario público se le pena más, por eso es que existen delitos que son exclusivamente cometidos por funcionarios públicos, porque están diseñados justamente para que un funcionario público pueda incurrir en ellos.

Entonces, ¿por qué un árbitro jamás puede ser un funcionario público? Porque el árbitro es independiente, el árbitro es imparcial, el árbitro no protege los intereses del Estado, no tiene la misión en la vida de cuidar el gasto público y de cuidar los intereses del Estado; la misión del árbitro es administrar justicia, es un juez. Entonces, no puede ser funcionario público, no le pueden cargar sobre los hombros al árbitro la condición de funcionario público, como si en el arbitraje estuviera obligado a darle la razón al Estado, eso es absurdo. El árbitro es un juez, es neutral, es independiente, no es funcionario público, no está obligado a darle la razón al Estado, como tampoco está obligado a darle la razón al contratista o al particular; el árbitro tiene que administrar justicia y jamás va a ser funcionario público.

Lesly Shica Seguil: Claro, y respetar los principios de imparcialidad e independencia, fundamentales para el arbitraje. Correcto doctor, gracias. Usted, doctor Paolo del Águila.

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio: A ver, además de lo que ha dicho Kike, que suscribo, hay un tema que hablaste en un momento en tu pregunta o en tu introducción, de una suerte de arbitraje obligatorio. Particularmente, no creo yo que el arbitraje sea obligatorio en ningún caso. El arbitraje del Estado es tan voluntario como el arbitraje comercial privado, de hecho nace de un contrato que es una cláusula arbitral, independientemente —y eso siempre lo digo en mis clases— de si yo como parte, como contratista, tuve poca, casi nada, o nada de posibilidad de negociar los términos de mis cláusulas contractuales, entre ellas,

el convenio arbitral. Pero la misma situación se da cuando voy y saco una póliza de seguro de vida con una aseguradora nacional o extranjera, y me clavan una cláusula arbitral y se forma un convenio arbitral. Yo no puse la cláusula, no la negocié, pero la acepté y con esa aceptación ya tenemos un arbitraje estrictamente voluntario.

No puede haber arbitraje forzoso porque el arbitraje es voluntad, sería una situación absolutamente paradójica, como pensar que el blanco es negro o el negro es blanco, y no puede ser eso. Entonces, particularmente, descartaría esta suerte de arbitraje obligatorio del Estado, el arbitraje es voluntario, sea privado o sea público.

Sobre el tema netamente de si el árbitro es un funcionario público o no, descartado totalmente, o sea, un poco el rollo de por qué es funcionario público es para encausarlo a situaciones que pueden ser irregulares en su conducta y que le caiga, pues, como se dice, todo el peso de la ley. ¿Y por qué esto? Porque hay fondos públicos que se tienen que proteger, pero, entonces, bajo esa premisa, también sería funcionario público un árbitro Ciadi frente al cual están discutiendo una controversia de mil millones de dólares, donde el Estado peruano está siendo demandado por un contratista por un tema de inversiones y vamos a tener a Jan Paulson y a Yves Derains como funcionarios públicos del Estado peruano. Fíjense ustedes lo absurdo que puede ser si lo estiramos para ese lado, está el Estado presente, hay fondos públicos y, por lo tanto, bajo la misma lógica, esos señores, árbitros internacionales extranjeros o foráneos, terminan siendo funcionarios públicos de la República del Perú.

Entonces, creo que hay ahí un error de concepción grave. Como bien lo apuntó Kike, el árbitro no es un funcionario, el árbitro es un privado, un juez privado si queremos llamarlo así, cogiendo con pinzas el término, que, finalmente, creo yo, tiene una relación contractual con las partes, hay un contrato, para mí hay claramente un contrato entre las partes y el árbitro a través del cual, a cambio de una retribución por el servicio de resolución de conflictos, el árbitro va a seguir un proceso

y va a emitir un laudo, con los principios y las garantías que todo el mundo conoce. Eso es básicamente lo que podría decir.

Lesly Shica Seguil: Muy bien, doctor, muchísimas gracias. Doctor Castillo.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias. Hace unos meses, casi un año, cuando, digamos, se presenta este proyecto por parte del Ministerio Público, yo escribí un artículo que nunca publiqué, porque era políticamente incorrecto publicarlo, porque, digamos, era una norma que en ese momento, o sea, no lo escribí en ese momento, pero lo escribí algunas semanas después, cuando la norma había perdido viada y era un poco darle más luz a algo que había perdido viada. Pero establecí en ese artículo once razones por las cuales los árbitros no deben ser considerados funcionarios públicos. Voy a referirme a tres o cuatro.

En primer lugar, porque ocurriría que a los árbitros los denunciarían a cada rato, por cualquier cosa y por cualquier resolución, o sea, la gama de delitos que tendrías en el Código Penal sería tan grande que los denunciarían por cualquier cosa y por cualquier resolución.

En segundo lugar, porque eso, como lo han mencionado mis colegas, desnaturaliza el arbitraje, eso lo desnaturaliza definitivamente.

Luego, hay un punto bien importante, es que las buenas personas se alejarían del arbitraje en contratación pública, porque las buenas personas no están acostumbradas, salvo que malos tipos los hagan circular por ahí, a circular por los pasadizos de los juzgados penales y del Ministerio Público. Las personas decentes no solemos estar por ahí porque no cometemos delitos, y si alguna vez lo estamos o lo hemos estado es porque algún hijo de la guayaba nos ha denunciado indebidamente, ¿correcto?, ésa es la verdad. Entonces, eso sería ahora moneda corriente, moneda corriente. Y a ningún ser humano eso le gusta para hacer de su vida una regla y no una excepción.

Luego, lo que decía Kike generaría una indebida lealtad hacia el Estado. Digamos, eso es evidente, soy funcionario público, eso generaría una indebida lealtad. Ahora, árbitros extranjeros, como decía Paolo, ¿qué árbitro extranjero va a arbitrar en materia de contrataciones con el Estado? Ninguno, evidentemente, ninguno. Eso desaparecería la presencia de los árbitros extranjeros.

Ahora, eso incrementaría o debería incrementar los costos ¿no?, porque habría que agregar una especie de plus para lo que te va a costar tu abogado penalista, lo que nadie estaría dispuesto a pagar. Bueno, tampoco lo debería pagar el árbitro, tampoco lo debería pagar el árbitro, eso se tendría que agregar en la ley o en algún lado, en algún reglamento. Tendrían que elevarse los honorarios para que paguen los abogados de todas las denuncias que nos van a defender.

Entonces, eso desde todo punto de vista es un proyecto de ley indebido. Lo que ocurre es que en política, en materia legislativa, al igual que en la física, toda acción genera una reacción. A raíz de los escándalos de corrupción que han habido y existen, también se ha dicho «Ah no, en el arbitraje también debe estar todo el mundo metido, vamos a tratar de poner orden aquí; y, por lo tanto, vamos a hacer esto». Claro, es lo más fácil, es lo más fácil, pero no sabes que de esa manera estás destruyendo el arbitraje en materia de contratación pública y, sin duda, vas a hacer que sólo se queden aquellos que tengan, pues, pellejo de dragón de Komodo y que no les interesen ene denuncias penales, porque ya tienen ene a la ene potencia, y que sigan, pues, en el arbitraje. Ah, claro, va a ser bacán, entonces, vas a lograr hacer a través de tu proyecto de ley, a través de tu ley, exactamente lo contrario de aquello que quieres lograr.

Lesly Shica Seguil: Justamente, doctor. Muchísimas gracias. Le solicito que conserve el micro para ir pasando a la tercera pregunta e ir cerrando el panel con ella. Usted ha tocado un tema muy importante que, en el momento de iniciar este seminario, he precisado que no podemos ser ajenos; no lo somos, los jóvenes de la actualidad estamos con

intenso ímpetu de seguir trabajando y consolidando el conocimiento que ustedes tienen, a través de la experiencia, para poder aportar algo nuevo a la sociedad que, incluso, nosotros queremos alcanzar a vivir.

En ese contexto, doctor Castillo, teniendo en cuenta los casos graves de corrupción que hemos vivido abiertamente, de manera particular en estos últimos meses en el anterior gobierno, es importante llamar la atención, reflexionar acerca de por qué la institución arbitral como tal se encuentra en este momento medianamente desacreditada. En esa premisa, sería interesante que comparta su reflexión respecto a si sería conveniente modificar en algún aspecto la normativa de la materia o, en todo caso, ¿qué podríamos hacer —ustedes, como miembros de la escuela arbitral, con el prestigio y la personalidad que los caracteriza— para poder recuperar lo que significa llevar, como mecanismo de solución de controversias, el arbitraje?

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, Lesly, por la pregunta. Qué difícil. En realidad, lo que está desacreditado es el Perú; eso es peor todavía, ¿no es cierto?, no es que ni siquiera esté desacreditado el arbitraje, claro, sí lo está; pero lo que está desacreditado es el Perú, o sea, digamos, el arbitraje es parte de un todo.

Lamentablemente, el golpe que ha representado, que representa, el problema, los escándalos de corrupción, golpea a todas las actividades sociales, es decir, yo no creo que, evidentemente, el arbitraje pueda sustraerse de tener algunos problemas como, de hecho, los tienen otras actividades comerciales o profesionales en nuestro país con relación a estos problemas de corrupción, pero siempre he creído que la prisa y, sobre todo, las coyunturas de este tipo son malas consejeras a efectos de poder iniciar alguna reforma legislativa. ¿Por qué? Primero, la prisa es mala consejera siempre, pero, ¿por qué me refiero a la coyuntura en especial? Porque, generalmente, es muy difícil que cualquier medida de cambio en materia legislativa sea vista en frío, cuando la situación

política o la situación del país en materia de corrupción no esté en frío, sino en caliente.

Entonces, toda medida que se adopte en la ley, sin duda, será una medida del corte de la que hablamos en la intervención anterior, una medida de corte reactivo y yo no sé si esas medidas de corte reactivo sean buenas. Digamos, si se me pusiera en la alternativa de modificar o no la ley y el reglamento, ahora en materia de contratación estatal, yo la verdad creo, así como no publiqué mi artículo, creo que mejor sería dejar las cosas como están, ¿correcto?, porque siempre puede pasar algo peor y eso es muchas veces lo que no entendemos, o sea, «Ya, esta ley hay que modificarla», pero ¿tú sabes lo que va venir?; no, no sabes lo que va a venir. Entonces, mejor qué tal si dejamos ésta que está más o menos ahí, no le hace daño a nadie o, digamos, podemos vivir con ella.

Arriesgarnos a abrir una discusión pública en un mal momento, precisamente, en general, en materia de temas de corrupción, en donde se le pueden endilgar al arbitraje culpas que, a mi juicio, no tiene, en general, y si las tiene, las tiene circunscritas a determinadas personas o a determinadas realidades que, naturalmente, la justicia se encargará de identificar, pero eso no se puede hacer extensivo a todo el medio arbitral. De tal manera que yo, por una cuestión de precaución política, preferiría no plantear ninguna modificación, porque si planteo una modificación, abro la puerta a la discusión general y creo que no es precisamente un buen momento para ello.

Lesly Shica Seguil: Muy bien. Gracias, doctor. Doctor Ferrando.

Enrique Ferrando Gamarra: Coincido totalmente. En realidad, lo que tenemos es sentado en el banquillo de los acusados al sospechoso equivocado. Como es característico en el Perú, cuando alguien mata le echan la culpa a la pistola y no a quien la está usando, y eso pasa también con el arbitraje. En el Estado se ha creado el paradigma de que pierde todos los casos, que hay corrupción, y se culpa al sistema y

no a los malos árbitros, a los corruptos y a quienes han hecho mal uso del procedimiento y del sistema. El arbitraje no tiene la culpa y lo que habría que analizar, ya que es un tema de actualidad, es por qué se ha desprestigiado la participación del Estado en los arbitrajes, por qué le están echando la culpa al arbitraje.

Lo cierto es que hay muchos paradigmas alrededor de esto. El primer paradigma que se maneja, sobre todo políticamente, para poder dar lugar a todos estos proyectos de ley que se están discutiendo en el Congreso, es que el Estado pierde todos sus arbitrajes, el Estado siempre pierde, el arbitraje es pro contratista, entonces, cuando el Estado participa en un arbitraje va a perder, no importa quiénes sean los árbitros. Eso es mentira, es una de las más grandes falsedades que hay, lo que pasa es que no se difunden las estadísticas correctas y, por lo tanto, la gente sigue repitiendo esta falsedad como si fuera cierta, y es más, ante esa falsedad se generan proyectos de ley y supuestas soluciones que están resolviendo un problema que no existe.

De hecho, estadísticamente, el Estado tiene éxito por encima del 50% de los arbitrajes que se inician, bien sea por parte del Estado, bien sea por parte del contratista, eso es estadístico. Hay un trabajo muy importante en la Católica, que les sugiero revisar, el investigador principal es el señor Rigoberto Zúñiga, está publicado en la revista de la Católica, donde ha revisado 2040 laudos, emitidos en los últimos años, donde ha participado el Estado, con la finalidad de poder establecer cuáles son los resultados y si esos paradigmas que se manejan al respecto son ciertos o no, y ha demostrado claramente que no son ciertos. Además, ha podido establecer que en esos 2000 casos, claro, han trabajado sobre un muestreo, el 80% de los casos de arbitrajes los provocó el propio Estado por incumplimiento contractual, o sea, el Estado genera un incumplimiento y, por lo tanto, fuerza a que haya un arbitraje, el Estado es condenado a cumplir la estipulación contractual. «Ah, el Estado pierde sus arbitrajes»; no es que los pierde, es que primero genera el problema.

Eso nos trae un problema adicional, que ya es parte de nuestra cultura, y es que existe la típica persecución del funcionario público, el funcionario público, en principio, piensa en sí mismo, antes de pensar en el cumplimiento de la ley o del contrato y dice: «Bueno, si no accedo a esta petición me van a denunciar, me va a caer encima la Contraloría; entonces, ¿sabes qué, hermanito? —le dice al contratista— Yo sé que tienes la razón, pero que me lo diga un laudo, que me lo diga un tribunal. Si me lo dice el tribunal, yo lo doy, pero no me pidas que yo ponga mi cuello y arriesgue mi vida y la de mi familia porque me van a denunciar».

Entonces, hay una serie de arbitrajes que nunca debieron ser. En la actual ley de contratación pública existe una disposición que obliga a los funcionarios a hacer un análisis técnico-económico sobre la conveniencia de ir adelante en el arbitraje, cosa que antes no se hacía. Ahora, yo no he visto ningún funcionario que haya sido procesado por iniciar un arbitraje indebido y en mi experiencia como árbitro he tenido muchos casos en los cuales la controversia jamás debió llegar a arbitraje, porque estaba clarísimo, o sea, uno se da cuenta de la demanda, de la contestación, quién tiene la razón y va a haber un arbitraje costoso, largo, con la obra parada. Todos los peruanos estamos pagando ese costo y, en realidad, jamás debió llegar a arbitraje.

Les voy a contar una anécdota que es increíble, yo siempre la cuento, cada vez que tengo oportunidad, porque es una cosa insólita que me pasó. En una ocasión hubo un arbitraje contra una entidad del Estado, yo no era árbitro en ese caso, era un tribunal donde la prestación principal del contratista era que la entidad reconozca que por ampliación de plazo adeuda mayores gastos generales de 8 millones, que reconozca que la deuda es de 8 millones. Entonces, el laudo dijo «Se ordena que reconozca que debe 8 millones», pero ¿qué hizo la entidad en ejecución de laudo?, mandó una carta que decía «Por la presente, reconocemos que debemos 8 millones, con lo cual, damos por cumplido el laudo», y no pagó.

Entonces, el contratista recurrió al tribunal y dijo «Lo está reconociendo y no me han pagado. Ordene, pues», «No, no podemos ordenar porque tú has pedido que reconozca y ha reconocido», y tuvo que iniciar un nuevo arbitraje, un arbitraje que tenía por objeto que pague aquello que había reconocido, o sea, ¿hay alguna posibilidad de que ese contratista pierda el arbitraje? Ninguna.

Yo fui árbitro en esa segunda ocasión y, prácticamente, sentí que estaba estafando al Perú, porque me pagaron un honorario por decir lo que era obvio, «Que pague», ¿no es cierto? Entonces, ese funcionario que forzó a que haya un segundo proceso debería estar preso, pero en el Perú no pasa nada. Y ese caso que yo les menciono se repite, o sea, hay una serie de situaciones en las cuales el Estado somete a controversia, somete a arbitraje, situaciones que jamás debieron ser materia de un litigio o que causan un perjuicio muchísimo mayor, porque la obra mientras tanto está parada, son dos años de procesos, costos altísimos, que no benefician a nadie y, finalmente, el resultado es el que era previsible desde antes del arbitraje.

Me ha pasado, en mi posición de consultor, que en ocasiones viene una entidad y me dice: «¿Qué opinas de llevar a arbitraje esta situación? Entonces, ya tenemos el informe de tal y tal, y en los dos informes nos dicen que sí, que vayamos adelante, y vamos a pedir daños y perjuicios». Entonces, yo reviso esto y digo «Esto es una locura, no procede», «Es que ya tenemos los informes, ya, si no vamos a arbitraje, nos van a denunciar, dirán “Cuánto les han pagado para que no demanden”». El problema es que la gente, muchas veces, cuando consulta a los abogados, los abogados hacen informes a la carta: «¿qué quieres que te sostenga?», «que sí», «te hago el informe y digo que sí», pero cuando un funcionario público recibe ese informe ya queda obligado por el informe, porque después de eso ya no puede no hacer el arbitraje.

Entonces, en la práctica, el arbitraje termina siendo el último eslabón de una serie de irregularidades, torpezas, inejecuciones y, al final,

le echan la culpa al arbitraje. No tiene nada que ver el arbitraje en todo esto, tiene que ver la falta de diligencia en la ejecución contractual y este sistema persecutorio que tenemos contra los funcionarios que no se atreven, pues, a tomar decisiones correctas.

Lesly Shica Seguil: Gracias, doctor. Nos queda claro, entonces, que no es el arbitraje el que tiene la culpa, es el tema de algunas personas que lo administran. Doctor Paolo, para concluir.

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio: Sí, bueno, para terminar este tema, creo que en la regulación o en la normativa de arbitraje en contratación pública pasa lo que pasa en muchísimas de nuestras normas del sistema jurídico nacional, que es que se nombra, valga la de redundancia, fruto de las anécdotas y fruto de las premisas inexactas o falsas. Y eso es, un poco, recogiendo lo que decía Mario y lo que decía Enrique también, es lo que está pasando en el arbitraje en contratación pública.

«Oye, el Estado pierde arbitrajes, entonces, pongamos la mano en este lado, sancionemos a los árbitros o convirtámoslos en funcionarios públicos», «Oye, el arbitraje *ad hoc* es una cuna de lobos», «Oye, entonces, ahora hagamos que sea obligatorio el arbitraje institucional», cuando de pronto no han visto que muchos de los casos, lamentablemente, conocidos por casos de corrupción en arbitraje han salido o han provenido de arbitrajes organizados por instituciones arbitrales serias. Ojo que ahí el tema no era la institución arbitral, sino eran ciertos árbitros que no se comportaban como debían, pero nacieron de un arbitraje institucional, no de un arbitraje *ad hoc*, muchos de ellos.

Entonces, creo nuevamente que hay una suerte de escozor cuando se habla del arbitraje del Estado, casi casi poniéndolo como que el Estado siempre pierde arbitrajes y, por tanto, se tiene que regular excesivamente, sobreregular la normativa en contratación pública; y, ahí caemos nuevamente en un problema, porque creo que —y ésta es una

apreciación mía—, mientras más sobrerregulaciones o más limitaciones existan para que los propios operadores, económicos y jurídicos, ordenen sus situaciones, entre ellas, sus controversias, mientras más límites o barreras existan, más posibilidad de corrupción hay, siempre.

Por tanto, yo me aventuraría a decir que volvamos un poco a las raíces del arbitraje, que era el arbitraje donde dos comerciantes que tenían un problema por un acto de comercio decidían que un tercero, obviamente con una figura honesta, decente y conocedora de la materia, le resuelva el conflicto y eso era un laudo, y así nace el arbitraje y así se ha desempeñado a lo largo de muchos siglos sin dar demasiado problema.

Eso no va a evitar que existan problemas en el arbitraje, pero fue lo natural, ¿no? Entonces, un poco el tema pasa por replantearse si en verdad tiene que haber un arbitraje en contratación pública, si debemos administrativizar o llenar de contenido administrativo y de principios del derecho administrativo, el arbitraje, independientemente de que esté o no el Estado y, de repente, lo mejor sería volver a las raíces, al origen y que el arbitraje, que es un solo núcleo central, se tome o se haga a través de una ley general de arbitraje, como la que tenemos, que es bastante buena.

Creo que, de repente, eso nos ahorraría directivas tan absurdas como la que les comenté en mi primera intervención, donde poco más y te dice cuántos lápices y lapiceros rojos debes tener en tu centro, esto independientemente del número de impresoras, funcionarios, papel bond, laptops, etcétera, etcétera. Y también dejaríamos de lado un poco esa suerte de victimización del Estado y, por tanto, como es una víctima, se tiene que seguir sobrerregulando. Eso no sirve de nada.

Añado una cosa más, hablando de algunas posibilidades de reforma en arbitraje en contratación pública. Yo eliminaría —vamos, no eliminaría, va a caer medio anarquista esto—, pero haría que la Dirección de Arbitraje del OSCE simplemente se dedique a ser un faro informativo,

nada más, que no vea ni recusaciones, ni designaciones, nada. Lo único que necesitamos del Estado en el arbitraje es que nos provea información, quiénes son los árbitros recusados, cuántas recusaciones tiene este fulano, cómo son los laudos, cómo lauda. Yo pongo el nombre y sale toda la historia de esta persona, sus laudos, recusaciones, quién lo nombra, qué partes, qué contratistas, qué entidades.

Eso es lo que me interesaría, no me interesa que me digan cuántos lapiceros rojos debe tener un centro de arbitraje, a eso, las partes decidiremos si vamos o no vamos. Entonces, pues, plantearía una desregulación total del arbitraje en contratación pública y asimilarlo, casi, casi, como el arbitraje natural, el arbitraje desde el principio de sus tiempos. Gracias.

Lesly Shica Seguil: Muy bien, doctor del Águila, muchísimas gracias. Bien, ésa ha sido la tercera pregunta y el final de este panel. Si alguno de ustedes tiene alguna reflexión que quiera compartir, más allá de todo el tema profesional, es el momento, si no, pasamos a lo que viene.

Muy bien, muchas gracias. Algunas conclusiones que podemos determinar de este panel es que el arbitraje no tiene la culpa y, en general, como todo tema, es administrado por personas, por seres humanos, quienes tienen a su cargo semejante responsabilidad como es, efectivamente —como lo han indicado los tres panelistas— administrar justicia, porque tienen ese nivel y tienen jurisdicción.

Ahora, es importante también determinar de qué manera podemos establecer mecanismos de desincentivo de las conductas de corrupción que, como mencioné hace un momento, son perennes en nuestra realidad actual.

Finalmente, yo sigo con las confesiones con las que inicié el seminario y quería mencionarles que cuando se preparó, cuando tuvimos la idea, el primer planteamiento de establecer este tercer seminario, es

decir, en el segundo, el año pasado, jamás hubiera imaginado que para esta fecha, nosotros, como ciudadanos, nuevamente, como estudiantes y profesionales, contaríamos con un nuevo Presidente de la República, con una nueva gestión pública, con más de aproximadamente cuatro ministros por cada cartera, que define que repiense nuestras instituciones del Estado.

En ese sentido, y teniendo en cuenta los distintos escenarios negativos de nuestra política actual, quiero llamarlos a la reflexión y recalcar, enaltecer la labor de todo nuestro equipo de colaboración del GICE, a los miembros consolidados, a los que se suman a nuestras iniciativas, a los profesores, nuestros asesores, los profesionales y todas las personas que nos apoyan, gracias por creer en la idea que tenemos. Saben absolutamente todos que esto es un trabajo completamente voluntario y que se sustenta tanto en el tiempo de ustedes como en el apoyo de distinta índole de diversos profesionales que nos acompañan.

Entonces, llamemos a la esperanza, al trabajo por una buena práctica profesional, por el respeto a la ética y a la moralidad, al funcionario público, al sector privado, para que conjuntamente podamos seguir avanzando como sociedad y poder ofrecernos a nosotros mismos una nueva nación.

Doctor Mario Castillo Freyre, le agradezco especialmente porque, siendo un grupo relativamente joven, tenemos dos años de haber sido constituidos, esto marca un granito en nuestra historia que, seguramente, como todo ciclo merece, corresponde hacer un trabajo determinado y luego entregar la posta a los que vienen detrás, porque de eso se trata el profesionalismo y también de darle oportunidad a las nuevas generaciones que se van forjando.

Yo me comprometo a respetar este principio que ha sido instituido por nosotros desde un inicio y gracias por este libro y el material que tenemos para compartir. Cuando hemos hecho el trabajo de edición del

documento, yo confieso también, doctor, que he entendido la razón de ser, porque uno vuelve a vivir, vuelve a recordar la expresión de los maestros, el ímpetu con que defienden sus ideas, sus opiniones; y eso, a pesar de que todos nosotros pasemos, porque todo en esta vida es pasajero, va a quedar para quienes mantienen e incentivan el espíritu de la cultura de la lectura.

Gracias a todos. Vamos a hacer un sorteo de quince ejemplares, así que invito a los presentadores para que continúen.

Gracias, doctor Soria, porque usted es nuestro principal asesor, tiene nuestro respeto para siempre. Gracias a todos.

ACTAS DEL TERCER SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN EN
CONTRATACIONES CON EL ESTADO GICE 2018
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
MAYO DEL 2019, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ

