

**ACTAS DEL CUARTO CONGRESO DE
CONTRATACIONES ESTATALES Y ARBITRAJE**

Volumen 74 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Actas del Cuarto Congreso de Contrataciones Estatales y Arbitraje

Coordinador
Roger Vidal Ramos

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



**ASOCIACION
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PRIVADO**

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ACTAS DEL CUARTO CONGRESO DE CONTRATACIONES ESTATALES Y ARBITRAJE

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

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

- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

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

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

Primera edición, octubre 2019

Tiraje: 550 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 2019-14446

ISBN: 978-612-4400-22-3

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	9
I. La conciliación en las contrataciones del Estado. La opción más eficaz en la solución de controversias	11
<i>Alberto Retamozo Linares</i>	
II. Mesa 1: La supervisión o inspección de la obra en la modificatoria de la ley de contrataciones estatales	25
<i>Miguel Rojas Ascón (moderador)</i>	
<i>Daniel Triveño Daza</i>	
<i>Gustavo Zavaleta</i>	
<i>Jhon Jara Cano</i>	
III. Mesa 2: La implicancia de la decisión de conciliar e interponer el recurso de anulación del laudo	49
<i>Alfredo Soria Aguilar</i>	
<i>Carlos Torres Zavala</i>	
IV. Mesa 3: El árbitro y las causales de recusación, a propósito de la Casación n.º 2267-2017	61
<i>Roger Vidal Ramos</i>	
<i>Ricardo Caldas Fernández</i>	
V. Mesa 4: Las implicancias legales de la variación de la ruta crítica y los adicionales de obra	71
<i>Roberto Lara Bravo</i>	
<i>Jorge Antonio Galindo Verástegui</i>	
<i>Miguel Montesinos Álvarez</i>	

VI. Mesa 5: La ejecución del laudo y su efectividad	99
<i>Marco Silva Santisteban Valdivia</i>	
<i>Giusseppi Vera Vásquez</i>	
<i>Jorge Abel Ruiz Bautista</i>	
<i>Ralph Montoya Vega</i>	
VII. Mesa 6: Recursos contra el laudo y la anulación	121
<i>Héctor Inga Aliaga</i>	
<i>Henry Huanco Piscoche</i>	
<i>Esteban Alva Navarro</i>	
VIII. Mesa 7: ¿Cómo obtener éxito en la gestión de un litigio arbitral?	145
<i>Giancarlo Peralta Miranda</i>	
<i>Leonardo Chang Valderas</i>	
<i>Juan Carlos Pinto Escobedo</i>	
<i>Luis Ames Peralta</i>	
IX. La supervisión de obras: la materialización de una potestad de la Administración como herramienta de gestión contractual. Reflexiones sobre su naturaleza, objetivos y actualidad en la Ley n.º 30225 - Ley de Contrataciones del Estado	175
<i>Juan Miguel Rojas Ascón</i>	
<i>Jairo Hernández Alvarado</i>	
X. El <i>compliance</i> y las buenas prácticas en la designación del árbitro de parte	199
<i>Roger Vidal Ramos</i>	

NOTA DEL EDITOR

En esta oportunidad presentamos el volumen 74 de la «Biblioteca de Arbitraje», titulado *Actas del Cuarto Congreso de Contrataciones Estatales y Arbitraje*.

Este evento, que ya se ha hecho costumbre dentro del medio arbitral, fue organizado por el Instituto Peruano de Derecho Civil, el Círculo de Arbitraje con el Estado y el Estudio Vidal abogados.

El congreso, que se desarrolló en noviembre del 2018, fue todo un éxito, tanto por la calidad de los expositores, como por el numeroso público asistente.

Fueron objeto de tratamiento diversos temas de actualidad, lo que permitió profundizar en aspectos que motivaron el gran interés de los participantes.

Para mí es un gusto muy grande el incorporar las actas de este congreso a la «Biblioteca de Arbitraje», colección que, con la presente entrega, llega al volumen 74.

Felicito a todos los organizadores del evento y, en especial, al doctor Roger Vidal Ramos, presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.

Lima, agosto 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.castillofreyre.com.

I. LA CONCILIACIÓN EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO. LA OPCIÓN MÁS EFICAZ EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

*Alberto Retamozo Linares*¹

Presentador: Buenas noches con todos. Para iniciar el programa el día de hoy, vamos a comenzar con el tema «La conciliación en la Ley de Contrataciones Estatales», a cargo del doctor Alberto Retamozo Linares.

Alberto Retamozo Linares: Hay algo que me viene preocupando bastante, el entusiasmo que existe en relación con el arbitraje. En mi condición de profesor universitario, ya viejo, recibo jóvenes entusiastas todos los años, tanto en cursos de pregrado como de posgrado —tanto en el curso de Contratación con el Estado como en los de Arbitraje—, y cuando uno ve estudiantes, de pregrado especialmente, se acercan al profesor y dicen: «Profesor, yo quiero ser árbitro». «¡Ah, qué bien!, por eso estás llevando el curso» —que no es obligatorio, es un electivo—. «Sí, profesor, estoy llevando los cursos de Arbitraje». Lo difícil como docente es decirle la verdad al chico, decirle «para que seas árbitro en el actual escenario, es bien difícil», porque si antes había «argolla», ahora hay cadenas.

¹ Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Licenciado y magíster en Sociología por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Exvicerrector de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y director de la Unidad de Posgrado de Derecho. Consultor y árbitro en contrataciones estatales.

Esto ya lo he manifestado en varias oportunidades, yo no estoy de acuerdo con la forma de eliminarse al arbitraje *ad hoc* en la Ley n.º 30225. Hay exposiciones más, pueden entrar a la web y buscar, donde lo demuestro, y voy a explicar ahora lo malo que es para la actividad profesional. Tampoco estoy de acuerdo con lo que han hecho los otros decretos legislativos, hasta el último que trata medianamente de volver al arbitraje *ad hoc*, de incorporarlo, habrá que esperar el reglamento.

En ese ínterin, me llamó la atención mucho el tema de la conciliación, que es el tema que voy a tratar hoy. Yo creo que es un tema en el que los tiburones todavía no se meten, ahí todavía hay espacio para desarrollarse. Yo, la verdad, lo veo de esa manera.

La solución de controversias en los contratos suscritos por la Administración Pública, en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, ha sido y es objeto de debates permanentes respecto de su eficacia y transparencia. Son dos variables que se juntan, eficacia y transparencia, en particular en el conflicto entre el arbitraje institucional y el arbitraje *ad hoc*.

Durante los últimos tres años, hemos visto un conflicto que se ha dado en todos los medios, en todos los eventos académicos, entre el arbitraje institucional y el arbitraje *ad hoc*, donde uno de los representantes de uno de los dos trataba de ser el bueno, para descalificar al otro como el malo; uno trataba de ser el honesto, para descalificar al otro como corrupto. Para eso los invito a que revisen las páginas editoriales del diario *El Comercio* y vean cómo determinados árbitros, aprovechando la tribuna que tenían, escribían páginas completas a favor del *ad hoc* y descalificaban al arbitraje institucional.

Entonces, el conflicto entre el arbitraje institucional y el arbitraje *ad hoc* es una discusión que ha conducido a que se generen suspicacias respecto a la transparencia; pero, además, a la configuración de un mercado oligopólico de servicios arbitrales, por cuanto la casi extinción del

arbitraje *ad hoc* ha dado lugar a la concentración de los arbitrajes en dos centros, así como en pocos árbitros, proceso que ha contado con el activo silencio del Indecopi y del OSCE.

Me imagino que todos ustedes son abogados por formación y algunos, por deformación, los más peligrosos son los que son por deformación. Entonces, ¿qué es un mercado oligopólico?; ¿cuándo hablamos de un oligopolio? Pregunta, ¿cuántas fábricas producen leche? ¿Tres? ¿Ninguna? Pura Vida, ok, tres que aparentan producir leche. ¿Cuántas producen fideos? ¿Cuántas producen cerveza? ¿Cuántas producen gaseosas? ¿Cuántos bancos concentran la mayor cantidad de servicios bancarios? Entonces, cuando hay pocos jugadores en una economía con respecto a un rubro determinado, se dice que esta economía es oligopólica, pocos actores controlan el mercado.

Ésa es una economía oligopólica y la característica estructural del Perú, de la economía peruana en general, es que es oligopólica, por eso es que no nos podemos desarrollar, porque el mercado está controlado por tres o por cuatro, tres o cuatro terminan controlando un mercado de 35 millones de personas. Ésos te producen sed, te producen ganas de tomar cerveza, ya sabes que tienes que tomar leche para crecer y no morirte, y te van inventando cosas. Ésa es una economía oligopólica.

La hipótesis que se maneja acá es que en el arbitraje también se ha producido lo mismo, en el arbitraje institucional. Al eliminarse el arbitraje *ad hoc*, que es más democrático y eficiente para mí, lo que sucedió es que la gran mayoría de arbitrajes se concentró en dos instituciones. Pero ¿qué es el arbitraje, al fin y al cabo? Los abogados nos movemos dentro del mundo de los servicios arbitrales. ¿Qué es un servicio? Este aparatito, teléfono, luz. ¿Cuántas empresas dan servicio de luz? Una. ¿Cuántas empresas dan servicios de telefonía? ¿Tres serán? O ¿cuántas los concentran?, porque el resto está para cumplir, no más. ¿Cuántas dan el servicio de telefonía fija, que está amarrado al cable? Ésa es una economía oligopólica.

Entonces, cuando se produce una distorsión del mercado, ése es un servicio, nosotros reclamamos al cable por un servicio, el teléfono por servicio, en el arbitraje es igual. El arbitraje es en realidad un servicio y lo que está en discusión es el mercado de servicios arbitrales. Configura el arbitraje un mercado de servicios arbitrales, y el mercado de servicios arbitrales está conformado por dos variables, honorarios de los árbitros y honorarios de las secretarías. Ésa es la torta, imagínense que hay una torta de 100%, que se llama «mercado de servicios arbitrales», y dividen esa torta nuevamente y ahora hay dos «100%»: 100% de honorarios arbitrales y 100% de servicios de secretaría, que es el otro servicio arbitral. Honorarios de árbitros y honorarios de secretaría.

¿Qué es lo que ha pasado en el Perú? Que estos dos servicios se han concentrado en pocos y han expectorado a la gran mayoría de árbitros. Entonces, ése es un mercado oligopólico, que ha conducido, a la vez, a que se tengan dos centros que concentran [los arbitrajes] con las listas de sus árbitros e incrementan sus posibilidades de captar mayores arbitrajes, y a mayor cantidad de arbitrajes, mayores designaciones, sea de parte o [...]. Es más, tienen la libertad de poner una regla que dice que si no estás en su relación de árbitros, ni para presidente estás, ¿de acuerdo? Esto ya se viene dando.

Así, esta configuración del mercado de los servicios arbitrales se ha generado a partir de la casi extinción del arbitraje *ad hoc*, se rompió el principio de igualdad en el arbitraje y esto ha dado lugar, como les dije hace un momento, a la concentración de los arbitrajes en dos centros. Pero, además, los organismos encargados de velar por el cumplimiento de la libre competencia en una economía social de mercado, como es el Indecopi, no se ha pronunciado; ni hablar del OSCE, porque el OSCE también es víctima de esto, la Dirección de Servicios Arbitrales está en crisis. Hoy en día estos dos centros tienen tantos arbitrajes que se están demorando más que el OSCE para la tramitación.

Si entendemos que el derecho no es sólo legalidad, sino también legitimidad, podríamos afirmar que el arbitraje ha sido afectado en cuanto a su legitimidad social, no sólo en relación con la discusión indicada —es decir, quién era bueno y quién era malo—, sino por el contexto en que se ha venido realizando, un debate sobre quién es corrupto y quién no es corrupto en un escenario donde la corrupción estaba por todos lados. Entonces, ¿qué han hecho al final?, afectar la legitimidad social del arbitraje.

No se olviden de que el arbitraje no es la vía ordinaria, es un mecanismo alternativo. Cuando se dice «alternativo», quiere decir que ésta era la vía que teóricamente debí haber seguido, pero no, me voy por el costado, para obtener el mismo fin más rápido. Si tú deslegitimas esto, como ha sucedido, la gente empieza a decir: «ah, tú eres árbitro, estás en Odebrecht», «¿te tocó algo?», «¿cómo es contigo?», «el arbitraje está mal visto», «el Estado pierde todos los arbitrajes», «todos los árbitros son procontratistas». Entonces, acá hay un tema de legitimidad social, y en el mundo jurídico —dejando a Kelsen de lado porque él no creía en estas cosas—, la legitimidad es muy importante, y cuando se empieza a perder se genera una desconfianza social tremenda.

Hace años, la Policía se dividía en tres ramas: Guardia Republicana, Guarda Civil y la PIP, Policía de Investigación del Perú. Todos los que salían del colegio querían ser PIP, hasta que los de la PIP empezaron a estar metidos en mayores problemas con los delincuentes por complicidad, y se deslegitimó la carrera del policía de investigación. La solución, hacer una nueva Policía, la Policía Nacional del Perú. Consecuencia de ello es que uno de los grandes problemas de la Policía es no tener un área de investigación, nos llenamos de policías de tránsito, policías cuidabancos, con todo el respeto por los señores policías; pero la investigación se descuidó, por eso es que han proliferado tantas bandas criminales. No tenemos. ¿Por qué? Porque perdió legitimidad social.

Imagínense ustedes que la gente no confíe en el arbitraje, se acabaría un medio importante de solución de controversias. Entonces, hay que cuidar la legitimidad social.

Entonces, la crisis ética que atraviesa el país llevó a la equivocada dicotomía de descalificar a uno u otro por más o menos transparencia, cuando en realidad los datos estadísticos demostraban que los mayores problemas de corrupción se habían generado en el arbitraje institucional, curiosamente vencedor en esta batalla (los mayores problemas de corrupción se dieron en el arbitraje institucional, no me crean, vean la relación). Así —disculpen la expresión—, en la cara pelada de todas estas instituciones, delante de ellas. No pasó nada. ¿Quién tiene la culpa? El arbitraje *ad hoc*. Ésa es la consecuencia, acá justos pagaron por pecadores.

Muy bien, pero ¿qué intereses subyacían en la acotada guerra fratricida entre el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional? ¿Era la lucha por la patente de la ética o existían intereses económicos? Si asumimos que el derecho se desenvuelve en el mundo de la falsa conciencia —acá me acuerdo de Marx—, ¿qué es la falsa conciencia? La falsa conciencia es la ideología: ¿usted cree en Dios?, ¿cree en el cielo?, ¿en el infierno?, el que se porta bien se va arriba, el que se porta mal se va abajo, los abogados se van a ir abajo. Muy bien, eso es falsa conciencia, es decir, creer en algo que es cierto. Es más, ¿de qué color es esta pared? ¿Blanca? Mentira, es verde ¿Saben por qué? Porque que sea blanca es una convención, si yo formo una generación diciéndole que esto es verde, esa generación va a crecer diciendo que esto es verde y no blanco, falsa conciencia. Y el derecho se mueve en el mundo de la falsa conciencia, en el mundo de las apariencias, eso es el derecho. No lo creen, es más, eso de la autonomía de la voluntad tampoco existe.

Entonces, si asumimos que el derecho se desenvuelve en el mundo de la falsa conciencia y que los discursos que en torno a él se generan, especialmente en el ámbito de los contratos, encubren relaciones económicas,

todo contrato encubre relaciones económicas, eso es lo que no dicen el Código Civil ni la teoría de la autonomía de la voluntad. La teoría de la autonomía de la voluntad dice «usted tiene voluntad para comprar y no comprar; y para poner el precio o no poner el precio». Eso es mentira, hagan una prueba: en ejercicio de la autonomía de la voluntad, mañana no compren, no adquieran nada, ¿podrían hacerlo? Igualmente, pasado mañana, durante una semana y durante quince días, ¿podrían hacerlo? No, ¿no es cierto? Es bien simple, el que no compra se muere; por lo tanto, no hay autonomía de la voluntad para comprar o no comprar, sino que el discurso de la autonomía de la voluntad encubre relaciones económicas, y en los contratos, a través de las normas y del propio contrato, lo que se encubre son estas relaciones económicas.

Por lo tanto, podemos concluir que lo que estaba en cuestión en este tipo de intereses en el rubro de solución de controversias, [...] estaban exteriorizados en los servicios arbitrales, sin desconocer que había —y hay— problemas de orden ético en ambas modalidades. Es decir que en la discusión respecto a qué tipo de arbitraje, lo que había en el fondo, sin negar quizá un tema ético, eran intereses económicos.

Precisemos. El arbitraje *ad hoc* constituye un servicio legal que ha generado el denominado mercado de servicios arbitrales, el mismo que se encuentra conformado por dos variables: árbitros y secretarías arbitrales, servicios cuyo costo se encuentra en relación directa con los honorarios que se establecen en el arbitraje, tanto para los árbitros como para las secretarías, y que al materializarse como costo, afectan de manera directa los intereses de las partes, la economía de las partes.

En el arbitraje *ad hoc*, las partes escogen a sus árbitros y a la secretaria, normalmente corre a cargo del presidente o árbitro único, siendo los honorarios pasados por la tabla que para tal efecto ha formulado el OSCE. En el arbitraje institucional, gestionado concentradamente por instituciones privadas, las partes designan a sus árbitros, pudiendo existir la restricción de que éstos y el presidente sólo sean los que están

inscritos en la institución, estando los honorarios, los costos de secretaría y todas las actuaciones arbitrales fijados por la tabla que ella elabora, siendo éste el escenario que se ha consolidado en los últimos años.

Las consecuencias de la decisión normativa no sólo han sido la concentración y «elitización» del arbitraje, les voy a dar un dato. Por ejemplo, a la fecha, en los dos principales centros de arbitraje —no voy a dar nombres— hay inscritos 601 árbitros, entre los dos; de esos 601 árbitros, 131 se repiten en los dos. Con base en un cálculo de probabilidades, la probabilidad de que estos 131 tengan mayores arbitrajes se incrementa, se multiplica por cinco, en relación con los 601; y, en relación con todos los que no están en esto, mucho más. Hay una desproporción de probabilidades de ser designados.

Y si ampliamos el universo y empezamos a determinar quiénes son los designados, la situación se agrava. Quiero decir que yo soy árbitro, varias veces he arbitrado; pero, como maestro, como profesor universitario, tengo que decir estas cosas, no me puedo callar, yo no nací para callarme.

Entonces, las consecuencias de la decisión normativa —como les decía hace un momento— no sólo han sido la concentración y la «elitización» del arbitraje, sino también el encarecimiento de los servicios arbitrales, tanto de las diversas actuaciones arbitrales como de los servicios de las secretarías arbitrales de las pocas instituciones privadas autorizadas para gestionar el arbitraje institucional.

Actualmente, el arbitraje cuesta más que antes y paga el Estado. Hoy en día, las partes pagan un precio mucho mayor al de antes por las distintas diligencias que involucra el arbitraje. Aquí esperamos que la Contraloría General de la República, así como hizo un buen estudio cualitativo —un estudio sólo de la Contraloría—, haga un estudio similar que busque determinar cómo se han incrementado los costos de los servicios arbitrales para el Estado, en relación con hace cinco años.

Se van a dar cuenta de la gran diferencia que hay. Entonces, en este extremo, esperamos que la Contraloría estudie este incremento porque se trata de fondos públicos, es plata de todos nosotros.

¿Fue una decisión eficiente el hecho de que la Ley n.º 30225 y el Decreto Legislativo n.º 134 privilegiaran el arbitraje institucional en detrimento del arbitraje *ad hoc*? Parece que no, ya que el reciente Decreto Legislativo n.º 1444 reestablece el arbitraje *ad hoc*, pero lo mediatiza remitiendo su uso al reglamento. Sólo esperamos que éste coloque a ambas modalidades en igualdad de condiciones, eliminando y prohibiendo cualquier referencia a alguna institución, por cuanto ello vulnera los principios que orientan la Ley de Contrataciones del Estado, como son el trato igualitario y la libertad de competencia. Así como no se puede direccionar las bases, tampoco se puede direccionar la modalidad de arbitraje con el que se resolverán las controversias, más aún cuando la cláusula de solución de controversias forma parte del contrato y, por ende, de las bases.

Propuesta, la conciliación como opción de transparencia y abaratamiento de costos. El arbitraje no es la única vía de solución de controversias establecida en la normativa de las contrataciones estatales, sino que el mismo artículo donde se cita a este medio hace referencia también a la conciliación, invocada desde la época de la Ley n.º 26850 y relegada al formalismo hasta hace muy poco, es decir, a la conciliación nadie le hacía caso.

El problema del escaso protagonismo de la conciliación ha residido en la falta de especialización de los conciliadores en materia de contrataciones públicas. Me ha pasado que cuando he llevado alguna vez una controversia a un centro de conciliación (yo era el abogado de una de las partes), las partes se habían puesto de acuerdo, y el conciliador me patea la conciliación. Yo le dije: «Doctor, pero cómo me va a desarmar el acuerdo, si el acuerdo está acá». «No, no puede ser». Claro, ¿a qué

se dedicaba?, a familia. Pero así se da, así pasa, estas cosas pasan en las películas, pasan en la vida real y pasan en TNT, pasan.

Entonces, el problema del escaso protagonismo de la conciliación ha residido en la falta de especialización de los conciliadores en materia de contrataciones públicas, por cuanto éste es, en sí mismo, un tema técnico, que requiere formación académica en derecho administrativo y en contrataciones del Estado. Contratación del Estado es una formación síntesis, no basta con leer la ley, tienes que saber de presupuesto, de procedimiento administrativo, de teoría de los contratos, de teoría de las obligaciones. Si tú llegas a llevar ese curso es porque ya has pasado por todos, es un curso de quinto o sexto año, no puede ser un curso de primer año.

Muy bien, entonces, otra limitación ha sido la poca voluntad de la Administración Pública para conciliar, en razón de los cuestionamientos que pudiera hacer el Sistema Nacional de Control y la ejecutabilidad del acuerdo conciliatorio por parte de los gestores, ése es otro punto.

Estas limitaciones confrontan con su transparencia, por cuanto son las partes las que en forma directa —en una conciliación las partes están sentadas una al lado de la otra— abordan y resuelven sus diferencias.

Es eficaz, ya que el tiempo procesal de la conciliación es significativamente menor que en el arbitraje. Hay arbitrajes que me dan vergüenza, de tres años. La vez pasada tuve uno de cuatro años, eso ya no es arbitraje, mejor el Poder Judicial.

Lo que pasa es lo siguiente: el contratista litiga y litiga, no te paga, pide postergación y así continúa. ¿Por qué? Porque mientras no salga el laudo arbitral, y si es que habrán resuelto el contrato, no se van a poder ir a un procedimiento sancionador; por lo tanto, tienen tres o cuatro años libres para recomponerse.

A eso se debe la demora de los arbitrajes, por eso es que el no pago de los honorarios detiene el arbitraje, pero también la postergación: se da una nueva fecha, no pude ir, estoy de viaje, me enfermé, y si a eso se agrega que tienes un árbitro o unos árbitros que tienen muchas diligencias, no se va a poder dar. Entonces, la conciliación es eficaz, ya que su tiempo procesal es considerablemente menor al del arbitraje, tres audiencias y chau, se acabó.

El costo, en razón de que los actos procesales y los costos que éstos generan para las partes son menores con relación a los establecidos en el arbitraje institucional y el *ad hoc*, permitiendo con ello un mayor acceso a la justicia.

Otra, la posibilidad de coadyuvar de mejor forma en la gestión por resultados, porque el resultado es eficaz, es «ya quiero salir de esto». Tenemos que hacer esta obra, este puente, no puede demorar, ¿cómo estás en un arbitraje cuando esta pista no está acabada, está todo a medio hacer y ya empiezan las lluvias en la Sierra o en la Selva? Con una conciliación se hubiese resuelto al toque; pero mientras mandas al OSCE para que te designe, viene la solicitud de conciliación, te la pasan, tú designas, viene el carteo, estoy de acuerdo o no estoy de acuerdo con el presidente y ahí te vuelven a programar, que te tiraste [...]. Yo me acabo de pasar como seis o siete meses, y todavía no nos instalamos; en un arbitraje, me llamaban a cada rato: «Doctor, ya lo hemos designado hace tiempo». Eso no depende de nosotros, depende del OSCE porque es institucional. Ése es el tema.

Muy bien, la posibilidad —como digo— de coadyuvar de mejor forma la gestión por resultados y la legitimidad social que se ganaría en la solución de controversias, ya que en ella se elimina a uno de los factores, que es el tercero dirimente —el conciliador no dirime acerca de posiciones, sino el árbitro. Entonces, ¿qué dicen?: «Ese árbitro está coludido con una de las partes», tengan cuidado con eso. En el conciliador no cabe esa imputación—, para privilegiar los intereses de las partes

y, en el caso de la Administración Pública, el interés general. Se llama principio de eficacia, lo voy a mencionar después.

Las modificaciones efectuadas por la Ley n.º 30225 y por los Decretos Legislativos n.ºs 1341 y 1444 le han otorgado a la conciliación una activa emergencia, por cuanto precisan que debe ser consecuencia del acuerdo previo de las partes, lo que supone que ésta no es obligatoria.

En atención a lo expuesto, somos de la opinión de que la normativa de contrataciones públicas y su Reglamento en ciernes deberían fortalecer la conciliación, dejando para el arbitraje las controversias en las que las partes no hayan podido conciliar, fortalecimiento que debería plasmarse normativamente en lo siguiente: primero, determinación de la conciliación como paso previo obligatorio antes de llegar al arbitraje, pudiendo ser planteada por la entidad o por el contratista, lo que implica que no se encuentre supeditada a la voluntad de las partes, tal como se establece en la actual normativa. En este contexto, la conciliación debe consignarse en la cláusula de solución de controversias como paso previo obligatorio.

Segundo, establecer que para el ejercicio de conciliador en contrataciones del Estado se deberá contar con especialidad en derecho administrativo y en Contrataciones del Estado —para que no les salga uno de familia a conciliar sobre un contrato de 40 millones de soles de una represa, ¿no?—.

Tercero, si bien es cierto que el artículo 18 de la Ley n.º 26872, Ley de Conciliación Extrajudicial, establece el mérito ejecutivo del acuerdo, en el caso de las controversias en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, éstas deberían ejecutarse de forma inmediata, bajo responsabilidad del titular, obviando con ello el trámite de recurrir a procesos de ejecución de resoluciones judiciales, que establece la norma de conciliación.

Cuarto, establecer la obligación funcional del procurador de plantear y acudir a la conciliación, correspondiendo a la resolución autoritativa la designación del funcionario que asumirá la representación, así como la precisión de la controversia, tienes que delimitar el ámbito de la controversia.

Quinto, al ser la conciliación un medio de solución de controversias en el que la negociación tiene un rol protagónico, se requerirá que los representantes de la entidad se desenvuelvan discrecionalmente. Yo no puedo negociar si es que no me puedo desenvolver ni funcionalmente. Se desenvuelven discrecionalmente en ella, acudiendo a la audiencia premunidos de un informe técnico legal, aprobado por la autoridad competente, donde se establezcan los términos en que la entidad podrá conciliar, con indicación del mínimo debajo del cual no se puede acceder a la conciliación. Es decir, si yo tengo para negociar hasta acá, ése es mi mínimo, de acá para arriba negocia, pero de acá para abajo no. Ese mínimo debería estar en el informe técnico. Quienes han participado en una negociación saben que todo negociador va a una negociación con un mínimo, debajo de eso, no. Por ejemplo, se paran ustedes en cualquier esquina donde hay alguien que vende discos pirata o libros pirata, les ofrecen un aparato de éstos para los celulares y le dicen: «¿Cuánto está?», «30, jefe». Ustedes dicen: «No, 10», y es lo que dura el semáforo, es un minuto o un minuto y medio, dependiendo de en qué calle estén. Entonces, en ese ínterin, «30», «10», «no, 25», «15», «20», «18», «19, ni para ti ni para mí», «no, me quedo en 18», «no, no se lo puedo vender». ¿Por qué? Porque en 18 ya está por debajo de su punto de equilibrio, es el mínimo. Nadie negocia por debajo del punto de equilibrio, a no ser que quiera desaparecer, el punto de equilibrio te permite estar al día siguiente, debajo del punto de equilibrio no vas a estar al día siguiente.

Entonces, al ser la conciliación un medio de solución de controversias en el que la negociación tiene un rol protagónico, se requerirá que los representantes de la entidad se desenvuelvan discrecionalmente en ella, acudiendo a la audiencia premunidos de un informe técnico

legal, aprobado por la autoridad competente, donde se establezcan los términos en que la entidad podrá conciliar, con indicación del mínimo debajo del cual no se puede acceder a la conciliación, como ya lo dije.

Sexto, la predisposición de la Contraloría General de la República para valorar y evaluar de mejor forma la conciliación, con base en el principio de flexibilidad, establecido en el literal r) del artículo 9 de la Ley n.º 27785. ¿Qué es lo que dice este principio que los auditores nunca utilizan? Según este principio, al realizarse el control, ha de otorgarse prioridad al logro de las metas propuestas, respecto de aquellos formalismos cuya omisión no incide en la validez de la operación objeto de verificación, ni determina aspectos relevantes en la decisión final. Es decir, debajo del mínimo no voy a poder conciliar, entonces la Contraloría tiene que ser más flexible en sus análisis.

Lo que pasa es que el auditor es un abogado por deformación (yo he sido dos veces auditor general), porque es contador, no estudió derecho, por lo tanto, aplica la norma literalmente; mientras que el abogado, mal que bien, aplica su interpretación sistemática, su interpretación histórica o cualquier otro recurso; éste no, aplica la letra, y si no dice como dice o como tenía que decir, perdiste. Mejor dicho, está aplicando los principios de finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, la escuela de la exégesis.

Finalmente, no debemos perder la perspectiva de que estamos en el escenario de la solución de controversias, donde una de las partes es el Estado, representante del interés general, el que, por la posición que ocupa en los contratos administrativos, se encuentra en posibilidades de establecer condiciones para el desarrollo de los mismos, a efectos de buscar un resultado más eficiente para todos. Muchas gracias.

II. MESA 1: LA SUPERVISIÓN O INSPECCIÓN DE LA OBRA EN LA MODIFICATORIA DE LA LEY DE CONTRATACIONES ESTATALES

*Miguel Rojas Ascón (moderador)*¹

*Daniel Triveño Daza*²

*Gustavo Zavaleta*³

*Jhon Jara Cano*⁴

¹ Abogado sénior en proyectos de infraestructura en Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S. A. Con maestría en Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, egresado del Programa de Especialización en Gerencia de la Construcción en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, cuenta con especialización en administración de contratos en proyectos de ingeniería y construcción [...], Escuela de Posgrado, marzo 2018. Asimismo, se desempeña como árbitro único y presidente de tribunales arbitrales en diversos procesos seguidos ante el centro de arbitraje de la Universidad Católica, la Cámara de Comercio de Lima y el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de posgrado sobre derecho de la construcción, gestión de obras públicas, diseño y gestión de proyectos viales y especialización en arbitraje. Se desempeña como árbitro miembro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y del OSCE.

³ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de maestría en la especialidad de derecho de la empresa en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, ha realizado cursos de especialización en contratos FIDIC (2017), en contratación estatal y arbitraje. Actualmente, es gerente general de [...].

⁴ Abogado del Estudio Barrios & Fuentes Abogados, especialista en contrataciones con el Estado y arbitraje, ex asesor legal de la Gerencia de Obras Públicas de la Municipalidad Provincial del Santa, ex director administrativo de la Escuela Nacional Superior Autónoma de Bellas Artes del Perú, exmiembro del Área de Arbitraje Internacional del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados. Con estudios de especialización y posgrado en Arbitraje internacional y arbitraje de inversiones en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Universidad del Pacífico.

Presentador: Antes de continuar, quisiéramos agradecer a los auspiciadores, el Estudio Mario Castillo Freyre, el Estudio Torres Zavala, el Instituto de Investigación Jurídica, el Círculo de Contrataciones Estatales (CAE) y el Estudio Vidal Abogados.

A continuación, presentaremos la Mesa 1, «La supervisión o inspección de la obra en la modificatoria de la Ley de Contrataciones Estatales».

Miguel Rojas Ascón: Buenas noches con todos, luego de este saludo, agradecer la invitación del Instituto Peruano de Derecho Civil y del CAE, por permitirnos compartir con ustedes inquietudes y algunas dudas sobre los cambios normativos existentes.

La primera mesa va a versar sobre la supervisión o inspección de la obra en la modificatoria de la Ley de Contrataciones Estatales. Cabe precisar que los cambios, en realidad, son mínimos; sin embargo, con la finalidad de agotar todos los cambios legislativos, hemos dividido éstos en cuatro, con el fin de que las cuatro personas que estamos frente a ustedes podamos aportar algo distinto.

Es este sentido, procedo con la primera interrogante y se la planteo al doctor Jhon Jara, ¿se puede contratar a un inspector de obra cuando la ley obliga a que la entidad contrate a un supervisor de obra? Obviamente, atendiendo a los cambios legislativos. Doctor Jara, le cedo la palabra.

Jhon Jara Cano: Muchas gracias doctor Rojas. Antes de empezar con la ponencia, permítanme agradecer también al Instituto Peruano de Derecho Civil, al CAE, por la invitación, y agradecerles a ustedes por el tiempo que están invirtiendo con su presencia en este evento.

Un poco yendo al tema, mi participación se va a resumir en dos partes. Dar la respuesta y explicar un poco la razonabilidad de este cambio.

En realidad, sí, la respuesta es sí. Puntualmente, la modificatoria efectuada por el Decreto Legislativo n.º 1444 permite realizar esta contratación del inspector; no obstante, debemos tener en cuenta que es, pues, para efectos del inicio de la obra.

Segundo, que el tema, me parece, más importante es dar a conocer la razonabilidad de este cambio y, básicamente, por qué se da esta situación.

Tengamos en cuenta que, de acuerdo a la ley de presupuesto del Sector Público de cada año, se establecen los topes y los montos de las licitaciones, para determinar si estamos en un proceso de selección de licitación pública, de concurso público, de adjudicación simplificada y, con base en eso, poder determinar lo que corresponde en el proceso de selección.

A efectos de concursos públicos o licitaciones, las normas siempre han venido desarrollando la necesidad de la exigencia de la supervisión de obra. No obstante, esta situación ha generado bastantes inconvenientes en la práctica.

Las modificatorias que se han realizado con el Decreto Legislativo n.º 1444 responden básicamente a la experiencia que se ha venido teniendo con la aplicación de las normas de contrataciones hasta la fecha, experiencias recogidas de alguna manera [...].

Lo resumo puntualmente en lo siguiente: en una licitación pública que, en promedio, puede demorar de dos a tres meses, en su convocatoria y en su otorgamiento, muchas entidades del Estado esperan a tener el otorgamiento de la buena pro de la licitación para recién iniciar los trámites de la supervisión. Los mismos procedimientos establecidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones, [...] la solución de controversias, la apelación, la nulidad o la elevación de las bases integradas al OSCE determinan que esos procesos, sean de supervisión o sean de la

licitación pública de la obra, demoren mucho más de lo que está establecido o de lo que ha programado la entidad.

Les pongo un caso muy específico. No puedo decir el nombre, pero les puedo decir la entidad, es uno de los tantos procesos que tiene el estudio a cargo y que explica a detalle esta situación. Una obra por 3 millones de soles, en Tacna, la entidad es Plan Copesco, se desata la [...] en marzo del 2017, se otorga la buena pro en junio, se firma el contrato en julio; pero a la supervisión, que se había licitado de forma paralela, recién se le puede otorgar la buena pro en septiembre del 2017. No obstante, la obra, con el acta de entrega de terreno y el acta de inicio de obra, empezó el 3 de julio de 2017.

Ustedes me dirán: «¿Cómo empezó si el otorgamiento de la buena pro de la supervisión recién se dio en septiembre?». Ahí viene la contrariedad del caso que va a [...] mucho más esta convocatoria. Es que en ese periodo, antes de julio propiamente, la entidad contrató por orden de servicio a un «supervisor» y lo presentó con una carta al contratista como supervisor de la obra.

El contratista, en la, digamos, estricta observancia del principio de presunción de veracidad —que no sólo aplica para los contratistas, sino para las entidades—, entiende que, efectivamente, éste es el supervisor que ha sido contratado bajo los procedimientos de selección, es decir, bajo un concurso público. Teniendo en cuenta que la licitación es de 3 millones, no hace ninguna observación, suscribe el acta de entrega de terreno, suscribe el acta de inicio de ejecución de la obra e inicia actividades.

¡Oh, sorpresa!, en octubre del 2017, la entidad le comunica formalmente el cambio de supervisor, le dice: «Por si acaso, el supervisor que venía desempeñándose hasta tal fecha ya no va a seguir siendo el mismo, lo cambio por X supervisor». El contratista, sin ningún inconveniente,

sigue realizando la obra, existe un interés por realizar la obra, más que por realizar observaciones a la entidad, y continúa con la ejecución.

Un año después, el 3 de julio de 2018, se resuelve el contrato por determinadas razones y recién, durante este clima de complicaciones y de problemas que se dieron y que llevaron a la resolución, el contratista se entera de que la situación previa comentada, que es que la entidad contrató a un supervisor por orden de servicio —que, en realidad, podría más que denominarse «supervisor», en términos muy legalistas era un inspector [...]—, éste no era alguien que había sido contratado por los procedimientos establecidos para hacer la supervisión de la obra. Incluso, por ahí hubo un fraccionamiento que se dio por parte de la entidad.

Entonces, ¿cuál era el motivo de esa situación? La entidad, como cualquier otra entidad pública, dice: «Yo necesito que las obras inicien lo más pronto posible, a efectos de cumplir con mis objetivos. Claro, siempre tengo las trabas que pueden encontrarse en el proceso de selección, elevación de las bases al OSCE, una apelación ante el Tribunal de Contrataciones, que van a generar que lo que yo programe no se pueda cumplir; y voy a tener esta situación que, en este caso muy puntual, se dio».

Entonces, este pequeño caso, comentado muy resumidamente, explica la razonabilidad del cambio. «Oye, debo permitirle a la entidad tener una salida para poder iniciar una obra y para que esta obra se pueda terminar lo más pronto posible», es decir, que pueda cumplir con el plazo de ejecución contractual independientemente de que tenga situaciones que generen una demora en la contratación de la supervisión, por ejemplo —que es una situación bastante recurrente en el mundo de las contrataciones—, y por esa situación yo no puedo maltratar, investigar, palear o sancionar a la entidad, que lo que ha buscado es darle una mayor viabilidad y cumplir el objetivo que tenía para la obra. Entonces, permitamos que las entidades del Estado puedan, para efectos del inicio

de la ejecución del contrato, incluso, contratar o designar propiamente a un inspector cuando las normas de presupuesto del Sector Público de cada año no lo establecen [...].

La razonabilidad se da en ese marco, en ese contexto; pero tengamos en cuenta que, lamentablemente —espero que no haya aquí funcionarios del Estado, no es una crítica de verdad—, a veces las necesidades políticas influyen en los procedimientos técnicos y tenemos siempre un escollo, una situación bastante complicada, que generalmente tiene que resolverse con decisiones no muy bien llevadas.

La razonabilidad está establecida, lo único que sí, puedo tener una reflexión, es que espero —bueno, me parece que también es una reflexión entre los entendidos—, esperemos que esta facultad, esta facilidad que está estableciendo la norma actualmente no sea confundida, no sea tergiversada para tener siempre a un inspector de obra cuando corresponde, en términos muy sencillos, siempre una supervisión en una licitación de una obra. Muchas gracias.

Miguel Rojas Ascón: Continuando con la mesa, corresponde que efectúe la segunda pregunta. En esa medida, le pregunto al doctor Gustavo Zavaleta, en atención una vez más a los cambios legislativos, ¿cuáles son las diferencias entre una prestación adicional y una ampliación de plazo dentro de un contrato de supervisión de obra? Adelante.

Gustavo Zavaleta: Doctor Rojas, muchas gracias por la pregunta, gracias por la invitación y muchas gracias a ustedes por mostrar este interés en la contratación pública y por seguirse capacitando en la normativa de contratación, que es no solamente la norma de contrataciones y su Reglamento, sino que también tenemos que recurrir a otras normas, como ya lo señaló el doctor Retamozo.

Estas modificaciones, específicamente respecto de la consultoría de obra —supervisión, en este caso—, corresponden a diversos factores.

Primero, regularizar situaciones que ya se vienen dando, como lo señaló el doctor Jara; y, segundo, no olvidemos la coyuntura política. El tema de la supervisión se ha vuelto un poco el que permitió toda la corrupción en estos últimos casos que ya sabemos, que son de conocimiento público, y que le atribuyen la responsabilidad tanto al ejecutor como al supervisor. La prensa, tanto como los propios abogados que han asesorado en algunos casos a la Contraloría [...] no entienden mucho de contrataciones y no entienden, sobre todo, aspectos técnicos.

Ahora, ¿qué hace un supervisor de obra? Yo soy abogado y me voy a remitir a lo que señale el Reglamento y, lamentablemente, no me dice nada sobre qué efectivamente hace el supervisor de obra. Para responder la pregunta respecto de cuál es la diferencia entre un adicional y una ampliación de plazo en un contrato de supervisión, tendría que saber qué es lo que hace el supervisor. Lo que hace el supervisor es ser los ojos de la entidad respecto de la obra, yo tengo que verificar que la obra cumpla con determinados estándares.

¿Qué implica que se dé una ampliación de plazo, les pregunto yo a ustedes, si mi obligación principal es supervisar la obra, velar por su correcta ejecución y se amplía el plazo? ¿Qué es lo que voy a hacer en esa ampliación de plazo? Seguir cumpliendo mis actividades de supervisión, es decir, se va a tener que aprobar un adicional de supervisión sí o sí. Si hay una ampliación de plazo —aunque algunos consideran que no se puede— y hay una ampliación de plazo de supervisión, en muchas entidades no quieren reconocer gastos, no quieren reconocer los costos variables a los supervisores. ¿Qué es lo que va a hacer el supervisor en ese plazo adicional? Supervisar, no puede hacer otra cosa que supervisar.

Entonces, ¿toda ampliación de plazo conlleva la ejecución de la labor de supervisión? Sí. ¿Todo adicional de supervisión implica una ampliación de plazo? No. ¿Por qué? Por ejemplo, estoy supervisando, pero para realizar mis labores de supervisión tengo que llevar a cabo perforaciones para efectuar cualquier tipo de ensayos, lo que fuera. Ten-

go que hacer un determinado estudio técnico que me había previsto diez perforaciones en una determinada distancia y ahora me dicen que no tienen que ser diez, sino veinte, pero las puedo hacer en el mismo tiempo, pero es un mayor costo. Eso es un adicional de supervisión, el cual no implica una ampliación de plazo.

Pero ¿qué es lo que dice la norma y qué es lo que se ha modificado en este artículo, que es el artículo 34.8? ¿Qué se está agregando? Lo que señala es algo que ya existe en el Reglamento; y ¿por qué la necesidad de colocar algo que ya está en el Reglamento, en la Ley n.º 30225 con su Reglamento y en el Decreto Legislativo n.º 1017 con su Reglamento? Porque simplemente las entidades públicas aplican la norma como mejor pueden, como mejor la entienden ¿Por qué? Porque quien tiene que hacer esto que les voy a explicar es un administrador del contrato. Y ¿el administrador del contrato qué es? Es un ingeniero [...].

Y ¿qué es lo que dice este artículo 34.8 que, como les digo, ya está en el artículo 139.4 del actual Reglamento? Señala que «Para el cálculo del límite establecido, en el numeral 34.6 —que es el actual 34.4— sólo debe tomarse en consideración las prestaciones adicionales de supervisión que se produzcan por variaciones del plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, distinto a los adicionales de obra». ¿Qué quiere decir esto —que es lo que decía el Decreto Legislativo n.º 1017 y lo que dice actualmente la Ley n.º 30225—? Que cuando yo tengo un adicional de supervisión que deriva de una ampliación de plazo de obra, que fue motivada por un adicional de obra, ese supuesto y solamente ese supuesto no está sujeto al límite del 15% que señala la ley. Eso es, básicamente.

Entonces, los adicionales de supervisión podemos dividirlos básicamente en dos: los que derivan de un adicional de obra que, a su vez, generó una ampliación de plazo de obra; y los que provienen de cualquier otro supuesto que modificó el plazo de la supervisión o que [...] mayores trabajos de supervisión.

Lo que señala esta modificatoria y nos dice ahora de manera expresa es que cuando tú calcules el límite de 15% no lo mezcles. Si yo tengo aprobado 10% de adicionales de supervisión debido a mayores trabajos de perforación, ese 10%, cuando yo tenga un adicional de supervisión que viene de una ampliación del plazo de obra que fue motivada por un adicional de obra, que implica una repercusión en mi contrato del 10%, no significa que yo tengo 10 más 10 igual 20, no, se cuenta por separado, tengo 10% que proviene de un adicional de obra y tengo 10% de otro supuesto. Entonces, eso no se mezcla, no se suma, y lo que hacen actualmente las entidades es sumarlo.

Entonces, cuando yo tengo adicionales de supervisión productos de adicionales de obra y otros adicionales de supervisión, lo que hacen es decir: «Yo no te puedo seguir aprobando adicionales porque saco la cuenta y ya superas el 15%» Pero eso está mal, no se debe sumar. Y lo que señala esta modificatoria es eso, eso que ya está en el Reglamento, que está en el artículo 139.4 y ¿qué es lo que dice el artículo 139.4 actual? «Tratándose de adicionales de supervisión de obra, para el cálculo del límite establecido en el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la ley, sólo debe tomarse en consideración todas las prestaciones adicionales de supervisión que se produzcan por variaciones en el plazo de la obra, en el ritmo de trabajo de la obra, distintos a los adicionales de obra». Ahí está, lo están poniendo de nuevo para ver si es que así dejan de seguirlos sumando.

Como les digo, estas modificatorias que está planteando el Decreto Legislativo n.º 1444 no mejoran sustancialmente las situaciones con los supervisores, lo que hacen es formalizar algo que ya se da en la práctica; como ya lo señaló el doctor Jara, es normal que las obras comiencen sin tener un supervisor, designan un inspector. Pero ¿qué es lo que sucede en la práctica? Que, luego, los informes que ha aprobado el inspector, el supervisor los tiene que volver a validar, entonces ¿para qué designé al inspector? No tiene sentido.

Hay otra cosa que sí sucede y no lo señala esta modificatoria, pero hubiera sido interesante que lo señala: ¿qué pasa cuando ya no puedo seguir aprobando adicionales de supervisión? Si ya no puedo seguir aprobando adicionales de supervisión, lo que tendría que hacer es volver a convocar; pero ¿qué es lo que hacen las entidades? Cortan el contrato del supervisor, designan un inspector y, bueno, es lo mismo, termina la obra como ha iniciado, con un inspector.

A continuación, [...] seguir tocando todas estas modificaciones que no han sido, como les digo, sustanciales, sino regulan o, mejor dicho, formalizan lo que ya existía. No necesitábamos tenerlo porque ya estaba dentro del Reglamento; pero se necesitaba porque hay una mala aplicación de la norma, entonces, lo están colocando textualmente, espere-mos que esta vez sí lo apliquen.

Hay otros temas, por ejemplo, que son importantes para tener en cuenta, como las nuevas obligaciones que le están imponiendo al supervisor. Las modificaciones que se han dado están ok, buscan salvar dos temas que ya se dan en la práctica; pero las nuevas obligaciones que se plantean en el Título III del Decreto Legislativo n.º 1444, van a darse cuenta de que está incluyendo una nueva disposición complementaria y final. Esa disposición complementaria y final lo que hace es imponer una nueva obligación al supervisor. Sobre ello, el doctor Rojas les va a comentar. Muchas gracias.

Miguel Rojas Ascón: Continuando con la temática de la mesa, corresponde que me plantee la pregunta que me ha formulado la organización: ¿es aplicable la nueva sanción administrativa prevista para el supervisor de obra que faltó a su deber de velar por la correcta ejecución de la obra?

En realidad, si es aplicable o no, no lo puedo decir ahora, en la medida en que esta norma no ha sido aplicada, no ha sido materializada en la realidad, más aún teniendo en cuenta que falta el reglamento; sin

embargo, lo que sí considero oportuno mencionar es que estas normas presentan, por lo menos a criterio personal, algunos defectos que van a dificultar su aplicación.

En principio, tengamos en cuenta que la norma de contrataciones, la 1444, es una norma reactiva, es una norma reactiva porque principalmente sale como reacción para solucionar problemas puntuales, problemas específicos. ¿Cuál es el problema de esto? El problema de esto es que la 1444 termina regulando las excepciones como regla, y ése es un serio defecto porque, finalmente, pierde su carácter de perpetuidad. Recuerden que las normas tienen como característica principal permanecer en el tiempo, o ¿acaso nuestra forma de contratar se ha modificado del año pasado a hoy? No. Pero, si nos damos cuenta, hay una hiperactividad del legislador respecto al tema de la norma de contrataciones con el Estado, hay modificaciones casi todos los años.

Entonces, un poco ya analizando con detalle esta nueva sanción que suena a «sancionemos al supervisor» o «sancionemos a alguien». De hecho, cuando leemos la exigua exposición de motivos de esta sanción [...], ojo, el supervisor no ayuda a disminuir las controversias en la ejecución de obra, la pregunta es ¿el supervisor está para eso? Recordemos que el supervisor tiene una posición antagónica dentro de la obra, representa a la entidad en la obra. Un tema adicional: el supervisor no puede modificar el contrato; otro tema adicional: tampoco puede interpretar las reglas contractuales. Entonces, si no puede hacer todo esto, obviamente, decir que no ayuda a solucionar controversias no tiene mayor fundamento.

Adicionalmente, el fundamento para modificar y agregar reglas a la supervisión, según la exposición de motivos, son unas estadísticas del Programa Subsectorial de Irrigaciones (PSI), es decir, según la exposición de motivos, al menos la que se ha publicado, la única estadística oficial es de este subsector de irrigación, no ha tomado en cuenta estadísticas de supervisión respecto a entidades como el Ministerio de

Transportes, por ejemplo, el Ministerio de Educación, el Pronied y, en general, gobiernos locales y regionales que contratan en masa, sólo se ha ceñido a la estadística del PSI. Por esto es que digo que están convirtiendo en regla la excepción.

Ahora me voy a detener en el segundo párrafo de esta norma puntual, que señala que el tribunal puede sancionar —y la sanción es netamente pecuniaria, del 5 al 15%— cuando el supervisor faltó a su deber de velar por la correcta ejecución técnica, económica, administrativa de la prestación, ocasionando un perjuicio económico a las entidades, causal perjuicio económico.

Considero oportuno separar y tener en cuenta lo siguiente: la etapa contractual y la etapa poscontractual. En la etapa contractual, obviamente un contrato público, un contrato formal, inicia con la firma del contrato y termina con su liquidación y su pago; y, en la etapa poscontractual, estamos frente a la etapa de garantías, que son los siete años. Ojo, con la nueva norma, el plazo de la supervisión de garantía ya es de siete años, se ha visto ampliado su plazo.

Entonces, ¿cuál es el primer inconveniente que yo encuentro respecto a la redacción de esta norma? Dice: «El supervisor va a ser sancionado o será pasible de ser sancionado, cuando no haya cumplido con su deber de velar por la correcta ejecución de la obra». Primera pregunta, ¿la entidad puede denunciar al supervisor ante el OSCE si el contrato no ha sido resuelto, por ejemplo? Dicho de otra manera, mi contrato sigue vigente, no ha sido resuelto, y la entidad no ha alegado que durante la ejecución del servicio de supervisión el supervisor haya incumplido con esta obligación, ¿yo aun así puedo denunciar, como entidad, al supervisor? Yo entendería que no y básicamente por un principio de buena fe, si quieren además actos propios, yo, en principio, como entidad, debí haberle dicho al supervisor: «Oye, supervisor, estás ejecutando mal tu contrato, el ejecutor de la obra te está haciendo el avión»; por lo tanto, yo, a nivel de ejecución contractual, le informo al supervisor.

Y la pregunta que cae de madura es ¿si el contrato sigue vigente y, por ejemplo, no se le ha impuesto ninguna penalidad al supervisor, yo aun así puedo denunciarlo y será pasible de sanción? Yo entendería que no.

Un tema adicional también a tener en cuenta. Pensemos en la etapa de garantía, en la etapa poscontractual, ¿qué suele pasar en la práctica? Se termina de ejecutar el contrato, la obra se ejecutó, se liquidó y se pagó, el supervisor también se liquidó y se pagó, se fue. Pasan dos años y comienzan a aparecer defectos en la ejecución de la obra, se me ocurre envejecimiento prematuro del asfalto en una carretera. ¿Qué hace la entidad? Le manda su cartita al ejecutor de la obra y le dice: «Oye, ¿sabes qué?, ha habido un problema de proceso constructivo, activa tu garantía y repara los daños encontrados». La pregunta es ¿si en ese caso planteado, el ejecutor de la obra ejecuta su obligación de garantía y repara los años, igual el supervisor podrá ser objeto de sanción? Yo entendería que no porque no hay perjuicio alguno, el privado ya asumió los costos de garantía, ya reparó los defectos encontrados.

Una situación similar. Por ejemplo, el ejecutor de la obra dice: «No es mi responsabilidad reparar esos defectos porque no son defectos ni de materiales ni de proceso constructivo». La entidad dice: «No, sí es responsable, vamos a arbitraje». Y en el arbitraje se determina que, efectivamente, los daños que tiene la obra en la actualidad, tres o cuatro años después, no son producto de la construcción ni de los materiales, sino que son producto de causas exógenas, ya sea falta de mantenimiento, la intemperie, lo que fuese, consecuentemente, el ejecutor de la obra no va a asumir ninguna obligación de reparar nada. La pregunta es, en ese caso, ¿la entidad podrá denunciar y decir que el supervisor hizo mal su trabajo? En lo particular, creo que tampoco.

Entonces, si se dan cuenta, el tema se dificulta. Pensemos ya no, por ejemplo, en la etapa poscontractual, sino pensemos en la etapa de ejecución de obra, pensemos que tenemos un supervisor vivo, un supervisor bribón que se colude con el ejecutor de la obra y no informa, no

penaliza respecto a la ausencia de personal ofertado, por ejemplo, que suele pasar con alguna frecuencia. Claro, en este caso, ¿cuál sería el perjuicio? Que la entidad deja de aplicar penalidades y le paga al ejecutor de la obra por profesionales que no están en obra, ése sería el perjuicio. Pero, si analizamos con detalle, este supuesto se configura más como un delito de colusión, y la pregunta es ¿en verdad suma ponerlo además como una sanción administrativa? [...]. Si ya está como delito, agregarlo como sanción administrativa, la verdad, no sé qué tanto se incentive.

Pero, bueno, pensemos en otro supuesto, porque como la norma aún no ha sido aplicada, creo que la mejor manera de entender su posible aplicación es con base en supuestos. Pensemos que estamos frente a un supervisor negligente. El ejecutor de la obra presenta su ampliación de plazo, por ejemplo, y el supervisor se duerme, se le escapa una tortuga, y no presenta su informe a la entidad, queda consentida la ampliación de plazo y, obviamente, la entidad tiene que reconocer y pagar gastos generales. La pregunta del millón es ¿el solo hecho de reconocer los gastos generales y pagarlos ya implica un perjuicio para la entidad, un perjuicio económico? Particularmente, yo creo que no necesariamente porque recordemos que si, por ejemplo, la ampliación de plazo tiene como sustento una causa exógena que amplió el plazo contractual, ya sea consumiendo las partidas no críticas y volviéndolas críticas y afectando la ruta crítica, obviamente el dueño, que es la entidad, debe asumir ese costo. Dicho de otra manera, el ejecutor tendría derecho a gozar de la ampliación de plazo y de los gastos generales. Por lo tanto, ni ese supuesto necesariamente implica un perjuicio para la entidad.

En consecuencia, estamos frente a una norma que creo —a manera personal, nuevamente— va a encontrar dificultades en su aplicación, más aún si tenemos en cuenta, primero, como ya mencioné, que no precisa el aspecto temporal, si es en la ejecución de obra o, incluso, después de la ejecución de obra, en el caso de supervisión.

Pensemos, por ejemplo, que yo soy supervisor de obra, me liquidaron, me pagaron, tengo mi constancia de prestación de servicios y tres años después me dicen que supervisé mal una obra. ¿Aun así me pueden denunciar?, porque eso pasa. Exactamente, pienso igual que ustedes, si ya tengo mi constancia de prestación de servicios, ya me pagaron, me liquidaron, obviamente tengo mi obligación de garantía, pero de ahí a que me denuncien y me sancionen, me parece un exceso, la norma no establece el aspecto temporal.

Un tema adicional —con esto cierro para no aburrirlos— es que la norma sólo señala perjuicio económico, pero perjuicio económico es desde un sol hasta el infinito, y la pregunta es ¿vas a sancionar a un supervisor quitándole entre el 5 y el 15% de su oferta económica y no le estableces un parámetro expreso con el cual vas a sancionarlo?

Si se dan cuenta, la norma presenta algunos defectos que, siendo sinceros, el reglamento no va a poder levantar, porque la calificación de la conducta pasible de ser sancionada tiene que estar necesariamente en la ley, no en un reglamento; sin embargo, como han dicho mis compañeros en la mesa, esperemos a ver qué dice el reglamento.

Éstas son un poco las reflexiones que quería comentarles respecto de esta nueva sanción que, en realidad, no sé si en la práctica llegue a aplicarse.

Bueno, señores, ya para terminar la mesa y porque es sumamente importante, no sólo escuchar a Daniel, sino tener presente cuál es la posición del OSCE, a través de sus opiniones, respecto al tema de supervisión e inspección de obra. Le planteo a Daniel la siguiente interrogante: ¿cuáles son las opiniones más relevantes que ha emitido el OSCE sobre inspección y supervisión de obra?

Daniel Triveño Daza: Gracias a los organizadores por la invitación y por permitirme hablar en estos diez minutos sobre esta temática de

supervisión de obras y, sobre lo que Miguel me pregunta, ustedes deben tomar en consideración lo siguiente: las referencias de la normativa sobre supervisión de obra son muy pocas y esas pocas casi no han sufrido modificaciones, es casi lo mismo.

Lo que sí ha ocurrido, y esto es relevante, es más, yo les diría algo, se ha reproducido casi el mismo esquema que está vigente, con los mismos inconvenientes y problemas no superados. Lo que sí es importante es la modificación que ha comentado Miguel, respecto a la configuración de la infracción en el caso de los consultores y, dentro de los consultores, están los proyectistas y [...]. En el caso de los proyectistas, está en el hecho de elaborar mal el expediente técnico y la norma hace la referencia a «fichas técnicas», con esas fichas técnicas está pensando básicamente en las obras de reconstrucción. Pongámonos en contexto, aquí en Lima probablemente no nos importe mucho la reconstrucción [...]; pero, en el norte, en Tumbes, Piura, Lambayeque, La Libertad, es un tema álgido al día de hoy.

Entonces, ¿por qué hace la referencia al tema de la ficha técnica? Por un tema muy sencillo, porque [...] de la reconstrucción, muchas de las prestaciones que para la Ley de Contrataciones son obras, para el tema de la reconstrucción son servicios, entonces: «Vamos a descolmatar el río Piura, tramo del kilómetro 70 al kilómetro 130». Esa operación, para las normas de reconstrucción por cambio, es servicio, no es obra. Entonces, esto es un tema importante, ustedes saben que [...] de la reconstrucción son más de 20 000 millones, o sea, no estamos hablando de poca cosa. Hay operaciones que para la Ley de Contrataciones son obras, pero para esa normativa especial son servicios, por eso la referencia a ficha técnica.

Ahora, Miguel ha comentado algo importante, que las estadísticas las han tomado del PSI, el cual es una de las entidades que trabajan básicamente temas de descolmatación. Entonces, PSI y Agro Rural trabajan con fichas técnicas para determinados servicios que para la Ley de

Contrataciones son obras. Entonces, es una referencia muy importante, no se vayan a confundir.

Ahora, ustedes dirán: «Entonces, siendo servicio, ¿no hay supervisión?». Error. Sí contratan supervisión, contratan servicios de supervisión del servicio, que se somete a la ficha técnica, ¿se dan cuenta del esquema? Entonces, las dos primeras líneas del supuesto que comenta Miguel se refieren al proyectista, las otras líneas se refieren al supervisor. Ahora, habla de «tiempo de supervisión», o sea, durante la fase de control de plazos, precio, alcance, que hace este profesional [...].

Entonces, en temas de supervisión, cambios normativos casi no ha habido. Mucho depende de los términos de referencia, en la práctica, mucho va a depender de cómo estén los términos de referencia de ese supervisor para juzgar la valla de si hay infracción o no hay infracción. Es muy importante el tema de términos de referencia, es muy importante el tema de gerenciamiento y es muy importante también la casuística.

La casuística es muy variada, de hecho, la casuística en supervisión es mucho más de lo que la normativa habla en cuanto a supervisión, por eso es que normativamente casi se ha reproducido lo mismo, con las mismas falencias y hasta incoherencias.

Incoherencias, a ver, el contrato de supervisión es un contrato accesorio al contrato principal. ¿Cuál es el contrato principal? El contrato de obra. Muy bien, el cálculo de adicionales en el contrato de obra es en una sola frecuencia, la obra lo necesita o no lo necesita; en el caso de la supervisión, es doble frecuencia, AM y FM, tu porcentaje va a estar en razón de si el adicional es de la obra y la otra frecuencia es si el adicional está en razón de tu contrato.

Entonces, la pregunta aquí es ¿qué necesidad hay de hacer complejo un contrato accesorio? Eso se ha seguido reproduciendo en la normativa, a nadie le ha interesado cambiar ni derogar eso. ¿Cuál es el problema

de la doble frecuencia? Que ambas frecuencias son independientes, y lo que puede ocurrir es que llegues a un contexto de disrupción de la supervisión porque te pasaste el porcentaje de una frecuencia. Entonces, si se trata de prestaciones adicionales de supervisión derivadas de adicionales de obra, no pasa nada; pero, si se trata de la otra frecuencia, tienes que dejar el contrato, con el efecto disruptivo que eso implica.

Ahora, en la práctica, para los que han visto este tema, la disrupción es abrupta: «supervisor, te vas al día siguiente». Vamos a decirlo en términos muy sencillos y alegóricos: supongamos que un día el niño está viviendo con el papá y al día siguiente vive con el padrastro. Así de drástico porque el contratista tiene que dejar la obra en el momento, con todos los efectos que eso implica. Claro, las normas lo han tratado de resolver diciendo: «No, mira, por si acaso, puede haber un inspector», pero eso no resuelve el problema, como se darán cuenta, porque estamos hablando de una obra en curso.

Bien, en cuanto a las opiniones, quizás si el tiempo hubiese dado, hubiera sido importante comentar qué dicen los laudos, porque hay también laudos de todo tipo, hay los que tienen que ver con las instrucciones del supervisor; hay decisiones del supervisor que dan lugar a arbitrajes, son decisiones del supervisor que inciden en el contrato de obra; así como también hay laudos de supervisión que tienen que ver con el contrato propio. Por ejemplo, una decisión típica del supervisor que da lugar a un arbitraje de obra: el supervisor no se fijó bien en la ampliación de plazo, metió las cuatro en la evaluación, a la entidad le dijo: «Ponle tal día» y fregó el contrato, y hay una controversia por ampliación de plazo, ésa es una decisión del supervisor respecto del contrato de obra. Pero hay decisiones del supervisor sobre su contrato que dan lugar a arbitraje, que es lo que estaba comentando [...].

Y, bueno, lo que me ha pedido que comente sobre el contrato de supervisión, sólo voy a hacer referencia a unas tres o cuatro opiniones del OSCE para que se den cuenta.

En la Opinión n.º 157-2018 lo importante es la referencia de que la obra tiene que contar de modo permanente con el supervisor, o sea, desde el principio, de acuerdo a la forma como la entidad haya programado la obra. Si para ti como entidad es importante tener al supervisor desde la revisión del expediente técnico, permanentemente, ahora, en la fase física de la supervisión, con mayor razón aún.

Inspección o supervisión. Pero tienen que tener en cuenta lo siguiente: las dos son supervisiones, por decirlo así, en términos muy sencillos, solamente que lo que conocemos como supervisor, que es el tercero, es la supervisión externa; en cambio, el inspector, que es el personal de la institución, es la supervisión interna.

Luego, si bien el contrato de supervisión es un contrato independiente respecto al contrato de obra, ambos se encuentran vinculados, y esta vinculación entre la obra y la supervisión determina que los eventos que afectan a una incidan en la labor de la otra. Entonces, la posibilidad de impacto de lo que sucede en obra respecto a la supervisión es muy alta, por eso es que resulta un poco controversial que le impongan al contrato de supervisión una medición de adicionales de doble frecuencia, la AM y FM que estábamos comentando hace un rato. Entonces, la probabilidad de impacto es bastante alta de una decisión en obra sobre la supervisión. Como ejemplos de estos eventos, la aprobación de prestaciones adicionales y la resolución del contrato de obra.

En ese sentido, ¿qué es lo que pasa si al contratista de obra se le resuelve el contrato? ¿La entidad qué va a supervisar? Lo que dice esta opinión es que la entidad puede resolver el contrato de supervisión ante la resolución del contrato de obra, toda vez que ello implica la interrupción de los trabajos de supervisión. Entonces, no se tienen ustedes que quedar con el supervisor ahí. Digamos, puede resolver; pero la otra opción es que a entidad diga: «Mira, inspector, ya que estás acá, no te vayas, puedes esperar un ratito hasta que traigamos a otro contratista». Eso también puede ocurrir, pero en el medio de una disrupción que hay

que «adendar» convenientemente, para que ese tiempo de interrupción contractualmente siga cubierto. Ahora, si la entidad desea, dice: «Puedes resolver. Si te quedas sin contratista, no es necesario que te quedas con el supervisor». Entonces, hago esa acotación.

Bueno, entonces acá, en esencia, lo que hace esta opinión es reafirmar la vinculación entre la obra y la supervisión, y, sobre todo, aun cuando no lo diga de manera explícita, la accesoriedad. Si se rompe el contrato principal, la entidad puede romper el contrato accesorio; pero, subrayo, puede, la otra opción es que la entidad le diga al supervisor: «No te vayas, no te molestes, se va él, pero contigo es otra cosa», y haga gestiones hasta que llegue el nuevo contratista de obra.

Bueno, otro aporte importante de esta opinión es con relación al contrato de supervisión, que debe estar directamente vinculado al contrato de obra. Eso es normalmente lo que legalmente tiene que ser; pero en la práctica ¿cómo acontece? Pongámoslo así, en términos muy sencillos, se dice: «La supervisión tiene que durar lo que dura la obra». Es cierto, pero en una buena gestión del contrato de supervisión, la supervisión tiene que ser primero, normalmente lo que se recomienda es que el supervisor sea el que llegue primero y sea el que se vaya al último. Me explico, una buena práctica es que la entidad convoque primero al proceso de supervisión, antes que al de la obra, las entidades normalmente lo hacen al revés, como piensan en el monto de la obra, pero lo recomendable en términos de gestión es que se convoque primero la supervisión. ¿Para qué? Para que haga algo muy importante, para que revise el expediente técnico, porque él no ha hecho el expediente técnico.

Entonces, ¿qué es lo que ocurre en la práctica? Contratan la obra y luego contratan la supervisión. El de la obra ya empezó, llega el supervisor, «ya, hermano, mañana arranca, arranca, no más», «ya ahí ves, ahí te ubicas, ahí vas viendo». No, la idea es que estés desde antes, revisando el expediente técnico; tiene que llegar antes, y lo recomendable es que se vaya al último, revisando la liquidación de la obra hecha por el ejecutor.

Entonces, en términos de gerenciamiento, lo recomendable es que el supervisor llegue primero y se vaya al último.

Normativamente, en lo que corresponde a las opiniones del OSCE, se dice: «La supervisión tiene que durar lo que dura la obra»; pero, en términos, como les digo, gerenciales, la supervisión tiene que durar más. ¿Por qué? Porque el supervisor es los ojos y oídos de la entidad.

Bueno, luego están las variaciones del ritmo de ejecución de la supervisión, que es la Opinión n.º 155, muy sencilla. ¿Las variaciones en el plazo de la obra y en el ritmo de trabajo de la obra pueden generar la necesidad de aprobar prestaciones? Sí, aunque no siempre, debe originar la necesidad de esos adicionales de obra.

Lo que hace la opinión es tratar un poco lo que ya comentó nuestro amigo sobre el tema de las incidencias de los porcentajes de adicionales. Entonces, lo que dice en esencia la opinión es «ojo, puede haber situaciones en el contrato de obra que repercutan en el incremento de las prestaciones del supervisor». Ok, lo dejo ahí, ya está, ya lo hemos conversado.

Al referirse a las prestaciones que pueden ejecutarse en la misma proporción, la opinión indica: «De esa manera, la ejecución de prestaciones de supervisión en la misma proporción, implica que las labores de control llevadas a cabo por el supervisor, sean aquéllas contempladas en el contrato original», vale decir, los términos de referencia del contrato original deben ser lo suficientemente amplios, flexibles y comprensivos de todas aquellas incidencias adicionales que pueden suceder durante la ejecución de la obra.

Y la extensión de los servicios de supervisión de obra por denegatoria de ampliación de plazo [...]. La Opinión n.º 123 revisa los alcances de cómo debe entenderse la función de mayores costos generados por la extensión de servicios de supervisión. Eso se da, por ejemplo, cuando

el contratista ejecutor solicita la ampliación del plazo y es denegada, lo cual implica que en dicho lapso la supervisión ha seguido ejerciendo servicios. Me explico, el contratista pide ampliación de plazo por 120 días y la entidad dice: «No te doy la ampliación de plazo», pero la obra lo necesita y el contratista se queda 120 días. El contratista generalmente no acelera el ritmo de trabajo, le dicen: «Me pides 120, no te doy los 120», el contratista no acelera el ritmo de trabajo, sino que se va a arbitraje por los 120 días, «que el tribunal me responda». Pero los 120 días, por decirlo así, la obra los necesita y ¿se necesita supervisión? Sí. Entonces, ése es el panorama, el contexto de la opinión.

¿Qué cosa dice la opinión? «Así, teniendo en cuenta que los trabajos realizados en una obra debían ser controlados de manera permanente, la extensión de los servicios de supervisión [...] De esta manera, cuando se producía un atraso en la obra, el supervisor debía realizar sus labores en un plazo mayor al establecido inicialmente, y la Entidad debía efectuar el pago al supervisor durante la ejecución de la obra».

Asimismo, en dicha opinión se menciona que ni la entidad ni el supervisor deben verse afectados por las incidencias del retraso injustificado por el contratista, por lo que, durante la ejecución de la obra, la entidad paga los mayores costos, pero le deduce de la liquidación al contratista, vale decir: «Oye, entidad, si por negligencia del contratista tienes que quedarte con el supervisor, el supervisor se queda porque es permanente, y le pagas». El supervisor no tiene que estar diciendo «ya trabajé, ¿a quién le cobro?». No, paga la entidad, pero lo que hace la entidad es que en su libreta negra apunta y le dice al contratista: «Me debes», y se lo descuenta de la liquidación.

¿Está claro? Entonces, son algunos aspectos a tomar en cuenta a efectos de que ustedes tengan en consideración que, obra que se inicia debe contar con el supervisor y desde que se inicia tiene que continuar de manera ininterrumpida porque el corte, sea de la obra o sea de la supervisión, es una deducción que genera no solamente problemas en

la ejecución del proyecto, sino que genera problemas económicos al Estado. Entonces, digamos, si ustedes trabajan en entidades, es muy importante que tomen en cuenta este aspecto si van a convocar una obra, deben tener en consideración que si empiezas, tienes que terminar; si vas a cortar, tienes que ser consciente de que va a haber costos. Si ustedes trabajan para una empresa de supervisión, tienen que ser conscientes de que el servicio es continuado, salvo que la entidad les resuelva.

Entonces, eso es todo lo que quería decir. Muchas gracias.

Miguel Rojas Ascón: Bueno, gracias, eso ha sido todo de parte nuestra.

III. MESA 2: LA IMPLICANCIA DE LA DECISIÓN DE CONCILIAR E INTERPONER EL RECURSO DE ANULACIÓN DEL LAUDO

Alfredo Soria Aguilar¹
Carlos Torres Zavala²

Presentador: Continuando con el programa, vamos a dar pase a la segunda mesa, denominada «La implicancia de la decisión de conciliar e interponer el recurso de anulación del laudo».

Alfredo Soria Aguilar: Agradecer al Instituto Peruano de Derecho Civil por la invitación para participar en esta mesa sobre «La implicancia de la decisión de conciliar e interponer el recurso de anulación del laudo».

Más temprano hemos tenido una ponencia interesante del doctor Retamozo, que fue la primera ponencia; entonces, voy a tocar algunos aspectos que no han sido tocados por él, respecto a algunos cambios que sí me parece importante comentar sobre el tema de la conciliación en contrataciones con el Estado. Me hubiera gustado que el doctor

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, adscrito a los registros de árbitros del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, del centro de arbitraje de la Universidad Católica y de AMCHAM. Profesor de Contratación Pública en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de Contratos en las facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la UPC y de la Universidad del Pacífico.

² Socio fundador del estudio Torres Zavala & CIA, firma consultora en derecho administrativo, contratación pública y arbitraje. Asimismo, es coautor del libro *Ley de Contrataciones del Estado comentada, concordada con el Reglamento*.

Retamozo estuviera aquí para enriquecer el debate, pero tenía un compromiso y tuvo que adelantar su ponencia, así que vamos a comenzar con el tema.

Sobre el tema de la conciliación, como más temprano escuchamos en la ponencia del doctor Retamozo, debería establecerse un mecanismo de conciliación obligatorio antes de ir al arbitraje, tal vez similar a lo que ocurre en el ámbito procesal civil, la conciliación obligatoria como un requisito para que inicie el arbitraje, en este caso, en materia de contrataciones.

Yo entiendo que esta propuesta deriva de la reflexión que tenemos muchos árbitros en el sentido de que, en muchos casos, en realidad no son casos, en la medida en que no hay una controversia porque está clarísimo quién tiene la razón, es más, a veces las partes saben que su contraparte es la que tiene la razón, pero ocurre que, a pesar de que se sabe quién tiene la razón, quien es competente para tomar la decisión no quiere tomarla, sobre todo por el tema de responsabilidad y el control posterior que puede haber. Entonces, por eso entiendo que la propuesta va por el lado de «hagamos la conciliación como un paso previo al arbitraje», porque estamos viendo que en el marco de los arbitrajes, en las diferentes controversias, hay algunas en las que está clarísimo desde el inicio, cuando las partes presentan su demanda y su contestación, quién tiene la razón y quién no; el procurador que tiene la defensa del Estado, que tiene que defender a la entidad, sabe que no tiene muchas herramientas y que va a perder, pero, pese a ello, hace un esfuerzo con la finalidad de llevar adelante el caso.

Entonces, yo creo que por ahí va la propuesta y creo que es interesante y que podría funcionar; pero, en realidad, me parece que todavía no podría ser aplicable, y les digo por qué. Ahora tenemos un cambio normativo de la Ley n.º 30225, que nos está estableciendo este escenario de la conciliación y es bueno saber las diferencias.

Antiguamente, la conciliación era, para decirlo en términos coloquiales, un saludo a la bandera, y la gente simplemente pasaba por la conciliación y no había ningún ánimo de conciliar. ¿Por qué? Porque el procurador no quería asumir la responsabilidad de tomar una decisión para lograr un acercamiento y solucionar el problema. ¿Por qué? Porque la entidad de repente tenía la expectativa de obtener una cantidad determinada, por ejemplo, tenía la expectativa de recibir 100 y si el contratista le ofrecía 50, no lo hacía, es más, si aceptaba 70 y tomaba la decisión, después venía alguien y decía: «¿Por qué 70 y no 80?»; y, si aceptaba 80, «¿por qué 80 y no 85?», siempre iba a ser materia de supervisión posterior y cuestionamiento. Es más, el conciliar era como el que levantaba la mano para que el órgano de control lo revise, eso es lo que pasaba y eso es lo que pasa. En el ámbito de la Administración Pública nadie quiere conciliar porque, apenas se da la conciliación, todas las conciliaciones se revisan e incluso se presume que seguramente se ha conciliado porque ahí hay algo raro.

Entonces, en un escenario como éste, sinceramente, ¿alguno de ustedes conciliaría? Nadie, y eso es lo que pasaba en la realidad. Yo he sido abogado de una empresa que tenía más de mil contratos al año suscritos y ustedes no saben la cantidad de conflictos que surgen con ese número de contratos celebrados al año. Muchas veces veíamos que había un escenario de conciliación y que simplemente, a pesar de que el procurador incluso a veces iba con el representante de la entidad y sabía que ellos no tenían la razón, igual nadie quería decirlo; por más ventajosa que fuera la solución que se propusiera, nunca querían conciliar.

Entonces, fíjense, en un escenario como éste, colocar a la conciliación como un mecanismo previo al arbitraje simplemente extendería más los plazos para la solución del conflicto; pero ahora ha habido un cambio normativo que está tratando de empujar, de incentivar que las entidades solucionen sus problemas.

La Ley n.º 30225, el Decreto Legislativo n.º 1341 y el Decreto Legislativo n.º 1444 están señalando que cuando haya una propuesta de conciliación planteada por un contratista es necesario un análisis de la misma, ya no es como antes, que se recibía la propuesta conciliatoria y al cajón a dormir y ahí se queda; ahora no, tiene que haber un informe técnico legal respecto a esa propuesta conciliatoria que está siendo planteada en una controversia en el marco de una conciliación extrajudicial, con todas las exigencias que señala la ley, ahora es necesario analizar. Si tras ese análisis técnico y jurídico (no solamente jurídico, sino también técnico), que incluye el hecho de ver la posibilidad de ganar o no el proceso, la conveniencia o no de arreglar ahora o seguir discutiendo en un arbitraje, analizando incluso el costo-beneficio de litigar frente a solucionar ahora el problema, la conclusión es «no, no nos conviene conciliar», ahí recién vamos a arbitraje; pero si, por el contrario, el informe técnico legal nos dice que lo mejor es conciliar y, a pesar de sus informes, no se concilia y se sigue adelante con el proceso, hay una responsabilidad funcional de quien decide continuar pese a que los informes están diciendo que lo mejor es conciliar. Eso está empujando un poco a que conciliemos, recién se está tratando de implementar ese mecanismo, pero es reciente, no hay muchos casos todavía que se estén dando.

Entonces, creo que hasta que se logre una cultura de la conciliación, todavía no estamos preparados para colocar a la conciliación como un paso previo al arbitraje. Yo creo que sí puede ser en el futuro, pero ahora me parece que, en un contexto como el actual, no.

Una de las cuestiones que se establecen en el Decreto Legislativo n.º 1444 es que puede solicitarse la opinión de la procuraduría, es lo que dice la norma. Bueno, yo entiendo que el legislador ha considerado la gran carga de casos que tiene la procuraduría, porque tiene una gran carga procesal, eso sin duda; sin embargo, me parece que es sumamente importante que intervenga la procuraduría en esa decisión. ¿Por qué? Porque ¿quién mejor que el abogado que está llevando el caso, que es el

procurador, el que defiende al Estado, para saber si hay posibilidades o no, en virtud de las pruebas que han sido analizadas en el caso concreto? Ya no es simplemente un análisis desde el punto de vista teórico, técnico y jurídico en frío, sino que es un análisis de alguien que está llevando el proceso y sabe absolutamente todos los detalles y si, eventualmente, hay posibilidad de ganar o de no ganar, debería intervenir, pero yo creo que la norma en este primer cambio está diciendo: «La procuraduría todavía no porque no tiene una gran carga, vamos a ver cómo manejamos este tema; pero, por ahora, no»; sin embargo, yo creo que esto en el futuro debería ser un paso necesario. Igual que ocurre entre particulares, supongamos que nosotros, como personas naturales, estamos en una conciliación, nos hacen una propuesta conciliatoria y tenemos un abogado, ¿seríamos tan irresponsables de no preguntarle al abogado si esa conciliación nos conviene? No, ¿no es cierto? Lo mismo debería aplicar en el caso del Estado, debería ser un paso necesario; sin embargo, la norma lo único que nos dice es que se puede solicitar la opinión de la procuraduría, con lo cual no es obligatorio, si se quiere, se solicitará.

Si nosotros estamos gestionando un conflicto, yo les recomendaría que consulten a la procuraduría para tener una mejor visión aún, más allá del informe técnico legal que dice la norma, que la procuraduría me diga, desde el punto de vista de las pruebas, etcétera, si conviene o no conciliar para tener también otro razonamiento que resulte útil para saber si conciliamos. Es por eso que el mecanismo previo no necesariamente se debe dar ahora y debería intervenir la opinión de la procuraduría también.

Entonces, otro tema también a tener en cuenta tiene relación con esto de que debería conciliarse más, es el escenario siguiente. Fíjense en la relación entre el Estado y un proveedor, un contratista, en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado, cuando el contratista incumple, el Estado tiene diferentes mecanismos ante ese incumplimiento contractual que puede aplicar. Si el contratista incumple, puede aplicarle penalidades; si no ha cumplido de manera conforme a lo pactado, no le

paga porque no hay conformidad; si se mantiene el incumplimiento o si es que se acumulan las penalidades que se han aplicado hasta el máximo del 10% que dice la norma, puede resolver el contrato; y, si le resuelve el contrato, lo puede inhabilitar para contratar con el Estado; y, claro, tras la resolución, además, le podrá ejecutar su garantía.

Fíjense en todo lo que puede ocurrir con el contratista proveedor y sin necesidad de que haya un árbitro que haya establecido algo sobre ese particular, el Estado se defiende solo, aplicando penalidades, no paga garantías —y yo no me estoy poniendo a favor de los contratistas—, ésa es la realidad que ocurre en la contratación estatal, porque el Estado no necesita a los árbitros para defenderse. En cambio, el contratista, si no le pagan, no tiene una garantía a su favor; si es que hay un reemplazo, él no tiene una penalidad que aplicar, es decir, si hay una obligación incumplida por parte de la entidad, no puede aplicar ninguna penalidad, va a necesitar iniciar el arbitraje si quiere hacer prevalecer un derecho, pero por sí mismo no lo va a poder hacer.

Por eso, en mi experiencia como árbitro, la mayoría de procesos son normalmente iniciados por el contratista y no por las entidades, y ése es un tema a tener en cuenta porque a veces tenemos la percepción de que el Estado siempre pierde y ésa es una percepción muchas veces equivocada. ¿Por qué? Porque si en la mayoría de casos, proporcionalmente, cuantitativamente, es mayor el número de los iniciados por el contratista —muchos más que los que inicia el Estado—, entonces es obvio que por probabilidades va a ganar más veces el contratista. En muchos casos, el contratista reclama por las puras, eso es verdad, pero en muchos casos tiene la razón, entonces, no quiere decir que siempre el contratista va a tener la razón, no, en muchos casos no tiene la razón y no se le da la razón en sede arbitral; sin embargo, hay una alta probabilidad de que gane el contratista porque son más los casos iniciados por el contratista que los iniciados por las entidades.

Es más, en los estudios que se han mencionado más temprano también hay una distorsión, que es la siguiente. En algunos casos en los que se dice que ha perdido el Estado, fíjense, por ejemplo: hay un caso que es por 2 millones de dólares que se están pretendiendo y el Estado perdió ese caso, pero pagó solamente 50,000 soles, ¿podemos decir que el Estado ha perdido? Y fueron por temas formales que en ese caso la defensa del Estado sacó a relucir, precisamente para disminuir esa pretensión de 2 millones y dejarle 50,000, que eran unos gastos, había cosas que no se habían acreditado, etcétera, y la defensa del Estado comenzó a bajar ese monto hasta 50,000. En teoría, el Estado perdió, pero tras una defensa en un escenario como éste, ¿podemos decir que el Estado perdió? Me parece que no.

Entonces, tampoco es que me ponga a favor del Estado (contratista, Estado, no, son realidades), pero a veces opinamos de manera subjetiva; hay que analizar con muchísimo cuidado porque cuando hablamos de que pierde el Estado, en realidad estamos cuestionando la actividad de los procuradores, de la defensa del Estado. Así, en general, estamos cuestionando el trabajo de otros y, antes de cuestionar el trabajo de otros, hay que ser reflexivos y ver si en verdad estamos dimensionando adecuadamente las cosas.

Eso era lo que quería compartir con ustedes un poquito, sobre la conciliación y algunos aspectos relacionados con el tema. Los dejo con Carlos.

Carlos Torres Zavala: Muchas gracias. Si me permiten complementar lo que el doctor Soria ha comentado sobre la conciliación y la anulación, especialmente sobre los cambios normativos [...], todavía no quedan claros, yo particularmente desearía que estén claros en el reglamento que viene o tal vez en una directiva.

En resumen, tanto en la conciliación como en la anulación, lo que se va a necesitar es un análisis costo-beneficio, por un lado; y la expectativa

de éxito, por otro lado. Es decir (la redacción ustedes la pueden ver, la pueden analizar, está en la página del OSCE), antes de ir a un arbitraje, podemos ir a una conciliación y, para ello, debemos analizar el costo-beneficio y la expectativa de éxito.

Imaginemos que no pasa eso y llegamos al arbitraje, termina el arbitraje y perdemos, se debe realizar ahí otra vez [el análisis] costo-beneficio y la expectativa de éxito respecto a la anulación de laudo, y aquí hay un comentario muy interesante.

Todos, estimo que la mayoría, han trabajado o trabajan en el Estado y ven que la organización del Estado en nuestro país es diferente a la de otros países, y esta realidad se tiene que plasmar en los instrumentos legales que tenemos. La norma, como se ha mencionado, dice «análisis costo-beneficio» y «expectativa de éxito»; pero ¿cuáles son las áreas de las entidades públicas que van a realizar estos estudios? ¿Qué área del Estado va a realizar el [análisis] costo-beneficio de ir o no a un arbitraje, de aceptar o no una conciliación, de ir o no por el recurso de anulación del laudo?

La ley tampoco dice qué pasa si existe un conflicto de interés, es decir, si estamos nosotros ante una controversia y, antes de ir a la controversia, yo soy el procurador y dispongo hacer este análisis costo-beneficio y la expectativa de éxito. ¿A quién voy a recurrir? Voy a recurrir al área usuaria para que me haga un informe de cómo se ejecutó ese contrato, voy a ir al área de logística que ha gestionado todo el contrato administrativo, pero ¿qué pasaría si la persona que yo, como procurador, estimo que ha cometido cierta irregularidad se mantiene todavía en el cargo? ¿Esa persona tendría que hacer este informe? Sería tal vez cuestionable si es que esta persona va a analizar su propia ejecución. Debería mencionarse en el reglamento o en la directiva que no sea la misma persona, que sea otra persona que no ha intervenido en la ejecución que es materia de controversia. Lo mismo para la anulación, si es que se está cuestionando cierta formalidad sobre un acto atribuible

a una persona X, esa persona X no podría emitir este informe técnico o este informe legal, en su caso, para determinar el costo-beneficio o la expectativa de éxito.

Esto es un primer comentario que se me viene a la mente, que debería ser tratado y desarrollado porque, si no, podrían interpretar de una manera literal —como no lo mencionan en la norma—, esa área técnica, entre comillas, “lo realiza”, pero no sería tal vez objetivo. Debería plasmarse, incluso, una estructura de lo que incluye el costo-beneficio y cuáles serían las variables del costo-beneficio y de la expectativa de éxito. Si estoy en una conciliación, ¿qué voy a analizar? Tal vez sería distinto analizar en una controversia de bienes o en una controversia de obras. ¿Cuál sería la estructura que yo tendría que analizar en costo-beneficio de bienes y en costo-beneficio de obras? Lo mismo en el tema de la anulación, ¿cómo tendría yo que estructurar esta anulación del laudo, si es que me conviene o no ir a una anulación del laudo?

Esas variables deberían estar, pero sí hay reglas generales que se deben cumplir. Por ejemplo, si es que el beneficio es mayor que el costo, entonces yo, como entidad, tengo que ir al arbitraje, aceptar la conciliación o ir a anulación; pero si de este estudio determino que el costo es mucho mayor que el beneficio, entonces no debería ir.

Estas variables, por así decirlo, matemáticas, deberían existir de alguna manera para que cada entidad, desde Tumbes hasta Tacna, tenga un estándar mínimo para este costo-beneficio y para la expectativa de éxito, que son un par de letras que están incluidas en la norma, pero que no se desarrollan más.

Haciendo un poco de análisis sobre este punto, encontré que, en el siglo anterior, en psicología, se desarrolló una teoría cognitiva social, y de ahí apareció el término «expectativa de éxito», pero también apareció el término «expectativa de eficacia». Lo que menciona, en resumen, esta teoría es basarse en la conducta humana, la expectativa de éxito es una

vertiente y la expectativa de eficacia es otra vertiente. La expectativa de éxito es que, ante determinada conducta, yo voy a generar un resultado, esa conducta descriptiva me va a generar en consecuencia un resultado; ése es un análisis de la expectativa de éxito, que una conducta bajo tu análisis te va a llevar a un resultado. En el caso de la conciliación, lo aplicable sería que la conducta descriptiva te va a llevar a ganar la conciliación, a ganar la anulación o a continuar con el arbitraje y perderlo, y, por ende, te conviene la conciliación. Ésa sería la expectativa de resultado, aplicando esta teoría cognitiva.

Por otro lado, la expectativa de eficacia, según esta teoría psicológica, es si tú, como ser humano, tras un análisis objetivo, tienes las capacidades y las herramientas para llegar a esa conducta que, por ende, te va a llevar a ese éxito. Incluso, la teoría mencionaba en ese entonces un ejemplo muy simple: el querer bajar de peso. Si es que yo, como ser humano, quiero bajar de peso (el bajar de peso es mi éxito) y considero bajo mi análisis que si realizo ejercicios por una hora o media hora todos los días (ésa sería la conducta), me va a llevar al éxito, que es que en un mes o dos meses voy a bajar de peso, ésa sería mi expectativa de éxito. Pero, por otro lado, tendría que analizar si yo, Carlos Torres, tengo las capacidades para llegar a esa conducta, si tengo las capacidades para correr todos los días, para hacer ejercicio todos los días, y aquí viene todo un análisis de cada ser humano y, así como viene un análisis de cada ser humano, debería existir un análisis casuístico de cada caso arbitral, de cada controversia que se someta a una conciliación.

Siguiendo con el caso, yo, Carlos Torres, tendría que ver si tengo la capacidad para correr todos los días. Tal vez no puedo porque mi horario de trabajo es de madrugada y no podría correr en las mañanas o tal vez tengo un horario de trabajo que me exige trabajar de 8 a 6 y de mi hogar a mi trabajo es muy complicado por el tráfico y no puedo llegar a realizar este ejercicio, tendría que analizar también si manejo un vehículo propio o no, si voy en transporte público o no, la distancia entre mi trabajo y mi hogar, y así sucesivamente. Este análisis tan

simple que uno puede hacer consigo mismo también debería hacerse en las controversias jurídicas.

Entonces, entrando ya a la materia, yo, como procurador, tendría que analizar si es que se ha cumplido o no con toda la normativa de contrataciones con el Estado, nada más que eso. Si es que yo he cumplido con el procedimiento para resolver el contrato, para la ampliación de plazo o para la nulidad, podría analizar objetivamente eso para saber si es que llego a esa conducta para que me lleve, por ende, a ese resultado de éxito. Este tipo de análisis debería hacerse en cada entidad pública ante cada controversia y debería, insisto, estandarizarse a través de un reglamento, a través de una directiva, para saber qué variables incluir. Definitivamente —me adelanto—, sería una variable económica: ¿cuánto es lo que yo, Estado, si es que pierdo, voy a pagar? ¿Cuánto es para mí, Estado, si es que gano, lo que yo voy a recibir? Si es que estoy seguro de que yo voy a ganar, y esa seguridad me la otorga la ley.

Como hablamos de derecho administrativo en contrataciones del Estado, está el principio de legalidad, y tendría que analizar objetivamente si es que he cumplido o no con la norma. Si es que no he cumplido y tengo vacíos, entonces ahí se genera un costo; si yo he cumplido en toda la controversia con la norma, entonces tenemos ahí un beneficio; y así sucesivamente. Éste es un análisis caso por caso.

Ustedes, nosotros, el doctor Soria, todos los que estamos aquí presentes, hemos tenido diferentes tipos de controversias y cada una es distinta, cada uno puede saber desde ya si existen defectos en el nacimiento de la controversia. Hace una semana, en una entidad pública me encontré un caso en el cual se estaba discutiendo una controversia sobre la resolución; pero, yendo mucho más atrás, vimos que los defectos se encontraban [...], no había plazos previamente determinados para exigir al contratista una obligación literal. Así como éste pueden existir muchos más casos en cada entidad pública, pero cada caso es particular y debería analizarse de esa manera.

Resumiendo un poco esta teoría cognitiva que les digo, a mi entender, la expectativa de resultado sería lo que se menciona en la norma como «expectativa de éxito» y, según la teoría cognitiva, la «expectativa de eficacia» sería lo que menciona la norma respecto al costo-beneficio; pero las variables, insisto, deberían incluirse en el reglamento o en una directiva para saber cómo vamos a llevar a cabo la controversia y, a la larga, generar un bienestar general en todo el Estado, que es la idea en el derecho administrativo y en la contratación pública. Si bien no vamos a evitar el conflicto, la controversia, sí podemos elegir y tomar algunos elementos preventivos para no llegar a todo un proceso arbitral o a toda una anulación, que va a implicar costos de tiempo y de dinero.

Eran comentarios que les quería mencionar respecto a las implicancias de la conciliación y del arbitraje. También nos iba acompañar el doctor Retamozo, pero ya nos hizo una clase magistral. Entonces, por favor, si tienen alguna pregunta, aquí estamos, de lo contrario, les agradecemos su participación e invitamos a la siguiente mesa. Gracias.

Presentador: Agradecemos a los doctores Alfredo Soria Aguilar y Carlos Torres Zavala y, a continuación, en nombre del Instituto Peruano de Derecho Civil y del Instituto de Investigación Jurídica [...], les otorgamos el siguiente certificado.

IV. MESA 3: EL ÁRBITRO Y LAS CAUSALES DE RECUSACIÓN, A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN N.º 2267-2017

*Roger Vidal Ramos*¹

*Ricardo Caldas Fernández*²

Presentador: A continuación, vamos a presentar la tercera mesa del programa de hoy, «El árbitro y causales de recusación, a propósito de la Casación n.º 2267-2017».

Roger Vidal Ramos: ¿Qué tal?, ¿cómo están?, buenas noches. Primero, agradecer su presencia.

A Ricardo y a mi persona nos ha tocado conversar en esta mesa, lo vamos a hacer en dos etapas. Primero, los conceptos generales respecto al árbitro, a la función arbitral y a las causales de recusación; y, segundo, vamos a hacer comentarios sobre la Casación n.º 2267, donde la Corte Suprema hace una interpretación sobre el famoso recurso de recusación.

¹ Magíster en Derecho Civil y Comercial, candidato a doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con segunda especialización en derecho ambiental y recursos naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú y posgrado en el Programa de Formación de Árbitros de la Universidad ESAN y del OSCE. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil, miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, fundador del Estudio Vidal Abogados y árbitro en controversias comerciales y contrataciones estatales.

² Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, egresado de la Maestría de Derecho Procesal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socio director del Estudio Caldas Fernández & Abogados, director del Centro de Conciliación Alianza de Paz y árbitro acreditado por el Ministerio de Justicia.

Es importante siempre mencionar que la designación del árbitro va a implicar, en un primer momento, un sentido de confianza, ya sea del contratista como de la entidad; la parte que va a designar a un árbitro va a tener confianza en la capacidad profesional que pueda tener y, de cierta forma, en la experiencia.

Ése es un tema muy interesante porque una de las características del arbitraje viene a ser la potestad que tienen los privados o el Estado, vía representación de los procuradores, o el que haga las veces de entidad, en el sentido de que tienen el poder de designar a un árbitro y, ante esto, es importante que se tengan en cuenta ciertos requisitos quizás o efectuar una suerte de candidatura entre cinco, siete u ocho árbitros, verificar la especialización, el récord arbitral; por otro lado, también verificar si ha tenido recusaciones, en el sentido de que han podido ser improcedentes, fundadas o infundadas, y eso me va a brindar una cantidad de información a efectos de que yo pueda depositar la confianza en este árbitro.

Como segundo tema, recordemos que la función arbitral es *intuitu personae*, es indelegable, personalísima, no podemos partir de una óptica en la que quien hace de árbitro, sea el presidente o árbitro de parte, puede delegar a un asistente o a otro abogado parte de esta condición, y acá se discute mucho respecto al vínculo contractual que podría existir entre el árbitro y la parte, porque también tengamos en cuenta que existe el pago de honorarios, y aquí es importante mencionar los principios primordiales de la función arbitral, la imparcialidad y la independencia, que van a ser dos baluartes que van a regir la función arbitral.

El tema de la independencia es muy amplio; de repente uno de los conceptos más importantes es que no existe una relación de subordinación y, tal vez, si ha preexistido, el árbitro pueda efectuar este deber de revelación que, en buena cuenta, es que expresa ante las partes si ha tenido algún tipo de vínculo contractual, societario, comercial, y si este

vínculo podría recaer más adelante, si las partes lo consideran, en una posible recusación.

Segundo, respecto al tema de la imparcialidad, que implica que una vez que el árbitro asuma el *competence-competence* de árbitro de parte o de presidente del tribunal, partiendo del principio de equidad, dejar que las partes, ya sea en un arbitraje *ad hoc* o institucional, puedan de cierta forma acceder a los mismos privilegios en el sentido de plazos, dar facilidades —no sé, de repente se me ocurre algo que suele pasar mucho en las entidades que vienen a litigar a Lima y que, por temas de distancia o hasta de viáticos, piden la suspensión de varias audiencias, tres o cuatro veces, de pronto el tribunal tenga también en cuenta que esto se debe a factores externos—.

Partiendo de estas tres ideas, ahora de forma breve vamos a explicar de qué trata la recusación, que viene a ser una institución procesal que va a permitir que las partes soliciten el apartamiento del árbitro o del tribunal, siempre y cuando se hayan incumplido los deberes de la función arbitral, es decir, falta de imparcialidad o falta de independencia.

Esto de manera muy general y ahora voy a dar pase al doctor Ricardo Caldas para seguir con esta dinámica.

Ricardo Caldas Fernández: Muchas gracias, doctor Vidal. Buenas noches con todos, agradezco al CAE y al Instituto Peruano de Derecho Civil por la invitación que me han realizado para compartir con ustedes algunos datos frente a esta Casación n.º 2267-2017, que, en buena cuenta, lo que ha generado es una gama de posibilidades que se tiene que tener en cuenta como directrices para la recusación de los árbitros.

Como bien decía el doctor Vidal, la recusación tiene que ver con la imparcialidad, con ese principio de imparcialidad que debe tener un árbitro al momento de asumir el encargo. Para aceptar el encargo, tiene el deber de revelación, que no es otra cosa que informar cuál es el vínculo

que podría tener con las partes o con los otros árbitros, tratándose de un arbitraje con tribunal. Señores, lo que se busca es tener a una persona que decida con base en el derecho y no a los lazos que lo pueden unir con las partes o con la materia.

Viendo esto desde este punto, cada institución arbitral ha señalado en su reglamento cuáles son estos deberes que deben realizarse. De manera marco y de forma general, tenemos las Reglas IBA, las Reglas del Uncitral, que señalan también directrices que uno debe tener en cuenta al momento de aceptar un encargo de ser árbitro. ¿Qué quiere decir esto? A mí me designan como árbitro y yo verifico si tengo algún tipo de acercamiento a las partes o a la pretensión. Si yo creo que no tengo ningún tipo de acercamiento que vaya a impedir mi imparcialidad, revelo la información que tenga relación con ese punto. En el caso de que yo crea que no voy a poder ser imparcial porque he sido dependiente, abogado o asesor, yo no debería aceptar.

En este punto, lo que indica esta casación es lo siguiente: ha habido diversas situaciones por las cuales estos árbitros no habían revelado cierta información; pero ¿es relevante hablar sobre lo que reveló o no reveló? Para mí, no. Dentro del punto de vista de esta casación y del análisis que hace en su trigésimo considerando, la Corte Suprema establece cuatro criterios o cuatro directrices, un listado de posiciones para que tengan en cuenta los árbitros al momento en que van a hacer su revelación, y entre ellos tenemos, por ejemplo, el listado rojo irrenunciable, el listado rojo renunciante, el listado naranja y el verde.

En el listado rojo irrenunciable, lo que menciona la Corte Suprema es que si te encuentras en este listado: «Si el hecho que se revelen no llega a solucionar el conflicto, el árbitro tendrá que rechazar el encargo». Es un ejemplo clásico de aquellos casos en donde existe identidad entre una de las partes y el árbitro o cuando el árbitro es representante legal o empleado de una de las instituciones. Lo que está diciendo la Corte Suprema que deben tomar en cuenta los árbitros, es que si tú eres un

empleado o hay una identidad entre tu persona y la institución, deberías renunciar al cargo, en buena cuenta, no deberías aceptarlo. Pero es una directriz y las directrices no son de cumplimiento obligatorio, sólo son de observancia, nada más.

En el listado renunciable, lo que te dice la Corte Suprema es que si te encuentras en estos supuestos del listado renunciable, tú comunicas y puedes continuar, si es que no te recusan, en el encargo. El listado naranja es, incluso, de mucho menor conflicto, y el listado verde, pues, es prácticamente simple información.

¿Qué debe revelar el árbitro? Conversábamos hace un momento con algunos ponentes que nos han antecedido sobre que el mundo del arbitraje, el mundo de las contrataciones estatales, es pequeño, no es muy grande, la mayoría de personas se conocen, muchos de ellos han estudiado juntos, han compartido aula, han compartido trabajos. ¿El hecho de que yo tenga un compañero de clases o un compañero de trabajo va a generar que yo no resuelva con imparcialidad y basado en el Derecho? Yo creo que no. Pero si ustedes sienten —ojo que esto es un tema subjetivo, la imparcialidad es un tema subjetivo—que no van a poder actuar con imparcialidad, no deben aceptar el encargo.

En estos filtros que ha señalado la Corte Suprema como directrices, creo, desde mi punto de vista, que ha cometido un exceso, porque ya existen normas de rango extralegal, internacionales, como las Reglas IBA y las Reglas Uncitral que, como también digo, son directrices. Lo que ha hecho aquí es decirles prácticamente a los árbitros: «Si estás aquí, en el listado rojo irrenunciable, debes dejar el encargo», entonces no esperes a que te recusen; te está diciendo: «No lo aceptes». Pero si tú revelas y las partes no te recusan, puedes continuar, y ¿eso no va a ser una causal posterior para que pidan la anulación del laudo? Lo que busca el arbitraje es una decisión rápida, una decisión económica en tiempos, y si vamos a llenarlo de este tipo de filtros, lo que estamos generando es que se pierda el principio de economía dentro del arbitraje.

Ahora, voy a cederle la palabra al doctor Roger Vidal para que continúe con el análisis de esta casación.

Roger Vidal Ramos: Gracias, doctor. Para complementar mi primera intervención, vamos un poco a tratar de profundizar en los tipos de arbitraje. Tenemos el arbitraje comercial, donde aplicamos el Código Civil y todas las normas del derecho privado, y acá es muy importante tener en cuenta en qué momento puedo pactar las reglas de la recusación, y eso lo podemos hacer en tres etapas.

La primera etapa puede ser en la redacción del convenio arbitral, si dos empresas extranjeras o nacionales que están sujetas al derecho privado deciden incorporar normas IBA [...], bien que mal que la Corte Suprema haya ingresado a discutir si las Reglas IBA deberían ser criterios de interpretación, me parece interesante porque de una forma la Corte está ingresando a estos temas. Retomando ese punto, en este pacto arbitral, las partes podrán pactar que una entidad, dígame Cámara de Comercio de Lima, Católica, etc., sea la entidad que se encargue del trámite de la recusación.

Un tema que sería interesante complementar sería decidir si nos sometemos a las Reglas de la IBA, si forman parte del convenio arbitral. No cabe la menor duda de que el tribunal, los árbitros y las partes deben ceñirse a estas reglas, lo cual podría dotar de reglas demasiado exageradas.

Un segundo momento en el que se podrían pactar las reglas de recusación viene a ser en el acta de instalación, el momento en que las partes de común acuerdo, ya sea un arbitraje *ad hoc* o institucional, podrían complementar ciertas reglas.

Y, finalmente, un tercer momento, lo que las partes especifiquen. Si las partes han detectado de común acuerdo que todo el tribunal quizás

está incumpliendo de manera descabellada con los principios de imparcialidad e independencia, las partes también podrían pactar esto.

En el arbitraje de contrataciones estatales, recordemos que tenemos la ley y el reglamento, tenemos el Código de Ética del OSCE, que permite que las partes puedan ceñirse a ciertas reglas y recusar a los árbitros.

También vamos a hacer un balance. Recordemos que algunas entidades, espero que no sea la mayoría, usan la recusación como una herramienta, de alguna manera negativa, por cuanto si recusas a dos o a todo el tribunal, vas a suspender el proceso, con lo cual tranquilamente puedes obtener una dilatación del proceso de nueve a diez meses. Esta cuestión es resuelta por la entidad pertinente, y eso también va a implicar recusaciones mal planteadas, planteadas de manera que no se encuentren dentro del ámbito específico del Código de Ética o del Reglamento, que van a tener un destino que va a ser improcedente o infundado.

Lejos de seguir con la práctica arbitral, que es el enfrentamiento de las partes con buena fe procesal, permitiéndose que el litigio sea, dentro de lo que se pueda, eficiente y que la carga de la prueba sea [...] por las partes, la recusación podría implicar todo lo contrario, dado que estas recusaciones negativas o recusaciones que no tienen un asidero legal van a generar que este plazo se pueda dilatar.

Como última reflexión sobre esta casación que está comentando Ricardo yo había mencionado que, fuera de que se tramita como un recurso de anulación, muchos dirán si es positivo o negativo; pero en esta casación, que me parece que tiene alrededor de 31 hojas, por lo menos en el 80% se está citando doctrina arbitral reciente, tratadistas nacionales e internacionales.

Que la Corte Suprema ingrese a establecer los criterios de la IBA sobre la lista roja, la lista naranja, lo que hace es dotar al arbitraje de

la importancia que ya tiene hace muchos años. A la vez, que se esté pronunciando en materia de recusación en contrataciones estatales nos tiene que llamar la atención en el sentido de que la recusación, como les estaba comentando, puede ser una herramienta a favor del proceso como también una herramienta negativa perversa, que puede ser utilizada para perjudicar el proceso arbitral.

Ricardo Caldas Fernández: Como última intervención y para complementar lo que les había indicado, existen cuatro filtros, el filtro rojo irrenunciable, que ya les he comentado, hace mención específicamente a aquel árbitro que ha prestado asesoramiento legal o ha emitido un dictamen respecto de la materia que se está discutiendo. El listado naranja señala que «debe existir un vínculo de amistad personal estrecho entre el árbitro y el abogado de una de las partes» o «cuando [...] dentro de los tres años anteriores el árbitro ha sido designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes».

¿Qué quiere decir esto? Desde mi punto de vista —y aquí discrepo un poco con el doctor Vidal, sobre la participación de la Corte Suprema para establecer estos filtros—, si yo, como parte de un arbitraje, establezco las reglas a las cuales me voy a ceñir para recusar a un árbitro y no utilizo éstas que ha establecido la Corte Suprema, ¿voy a poder desconocerlas luego? Yo me pregunto, yo no puse que voy a poder recusar al árbitro si es que él había prestado un asesoramiento legal sobre la materia en discusión, no lo puse en las reglas cuando se hizo el convenio arbitral ni cuando se hizo el acta de instalación, no lo establecí; pero la Corte Suprema ha emitido una ejecutoria y, como sabemos nosotros, son de observancia, no obligatoria, pero de observancia se podría aplicar. Entonces, posteriormente, pese a que no está en mi convenio arbitral o en mi acta de instalación como causales de recusación, sí voy a poder utilizar eso y va a generar lo que bien decía el doctor Vidal, esta actitud perversa de algunas instituciones de buscar frustrar el arbitraje a través de estos pedidos de recusación.

Entonces, yo sí creo que debe tenerse mucho cuidado. Si hay algo que rescatar es que la Corte Suprema ha empleado bastante doctrina, ha recogido bastantes argumentos de muchos tratadistas nacionales e internacionales; pero hay que tener mucho cuidado con este listado.

La recomendación desde mi humilde opinión es que tengan cuidado al momento de establecer las causales de recusación y tengan en cuenta lo que dice la Corte Suprema, para que los árbitros sepan cuáles son sus límites y qué obligaciones tienen respecto del deber de revelación.

Como árbitros, estamos obligados a revelar todo aquello que importe sobre la discusión o la forma de resolver el conflicto traído al arbitraje. No quiere decir que revele toda mi vida personal y profesional, yo puedo ser amigo del doctor Vidal, pero eso no implica que voy a tener que resolver a su favor porque sea mi amigo, no necesariamente tengo que revelarlo si es que eso no tendría ninguna importancia respecto de la decisión que yo pueda tomar.

Creo que esta sentencia es clave, como decía, tiene 31 hojas, la voy a dejar aquí en la mesa de la recepción para quien quiera tomar una copia de este documento, ténganlo en cuenta al momento en que ustedes hagan algún tipo de instalación o algún tipo de convenio arbitral.

Les agradezco y yo creo que con esto finalizo mi intervención.

Presentador: Agradecemos la participación del doctor Roger Vidal Ramos y del doctor Ricardo Caldas Fernández. A continuación, a nombre del Instituto de Investigación Jurídica Ius Novum y del Instituto Peruano de Derecho Civil, les otorgaremos los certificados correspondientes por sus ponencias.

V. MESA 4: LAS IMPLICANCIAS LEGALES DE LA VARIACIÓN DE LA RUTA CRÍTICA Y LOS ADICIONALES DE OBRA

*Roberto Lara Bravo*¹

*Jorge Antonio Galindo Verástegui*²

*Miguel Montesinos Álvarez*³

Presentador: Estimados asistentes, vamos a continuar con la jornada del día de hoy. En la última mesa de este día, tenemos a los doctores Roberto Lara Bravo, Jorge Antonio Galindo Verástegui y Miguel Montesinos Álvarez, quienes tratarán el tema «Las implicancias legales de la variación de la ruta crítica y los adicionales de obra».

¹ Abogado sénior y administrador de contratos en proyectos de infraestructura en Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S. A. Con maestría en gestión y dirección de empresas constructoras e inmobiliarias en Centrum Católica; con cursos de posgrado en derecho de la construcción en la UPC; en gestión en residencia y supervisión de obra en la UNI; en planificación y control de proyectos de construcción en PM Certifica, bajo los lineamientos del Project Management Institute; en contratación pública y arbitraje en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogado por la misma casa de estudios, con más de ocho años brindando asesoría legal, principalmente a empresas del sector construcción e inmobiliario.

² Abogado por la Universidad de Lima, magíster en derecho de la empresa por la UPC. Se desempeña como abogado de la Gerencia Legal de SACYR Construcción, cuenta con amplia experiencia en el sector construcción en obras públicas y privadas.

³ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de posgrado en derecho de la construcción. Es jefe legal de GyM S. A., con más de siete años de experiencia brindando asesorías a juntas de disputas vinculadas a contratos de infraestructura, ha sido adjunto de docencia en Contratos Típicos en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho.

Roberto Lara Bravo: Buenas noches con todos, disculpen la demora, pero los errores técnicos ya han sido subsanados. Antes que nada, un agradecimiento a los organizadores del evento, en especial al Estudio Vidal Abogados, que me ha dado la oportunidad de compartir mis experiencias sobre este tema el día de hoy.

«Las implicancias legales de la variación de la ruta crítica y los adicionales de obra» es un tema muy denso y extenso porque tiene de por sí un componente técnico [...]. Hoy trataré algunos elementos del mundo de la gestión de proyectos, que se encuentran incorporados dentro del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado; así como también de la importancia de tener una guía, un marco de referencia o un manual que permita unificar criterios y metodologías, a fin de que tanto el contratista como la entidad hablen el mismo idioma durante la ejecución de su proyecto; además de la necesidad de que en este reglamento o a través de posteriores directivas se regulen los procedimientos sobre mayores costos que permitan mantener el equilibrio económico financiero del contrato, que es lo que regula la actual ley y decreto supremo.

Ruta crítica. Ésta es la definición que tenemos del Reglamento; sin embargo, en realidad lo importante es el componente «plazo», que no es otra cosa que el tiempo, un elemento importante en la gestión de proyectos.

Prestación adicional de obra. Aquí tenemos dos palabras clave, es una realización que implica ejecución del alcance.

Y, por último, el presupuesto adicional, que implica costos.

Entonces, tenemos elementos importantes, que son: el tiempo, los alcances y los costos. Esos elementos van a decidir muchas veces el éxito o no de un proyecto. En el mundo de la gestión de proyectos, a estos elementos se les conoce como «restricciones». Estos elementos

están incorporados, aunque no aparezcan en la ley, en el reglamento de contrataciones con el Estado.

Alcance, tiempo, costo. El alcance es lo que tenemos que ejecutar, sea en el sistema de precios unitarios o de suma alzada, mayores metrados, partida nuevas, cuando estamos hablando de adicionales. Cuando hablamos de tiempo, también estamos mencionando ampliaciones de plazo, nivel de avance, programación, penalidades por retraso. Costo, adicionales, deductivos, mayores gastos generales y mayores costos directos, que actualmente el Reglamento sí permite cobrar.

Además, hay otros elementos importantes que también están presentes y que también son parte de la gestión de proyectos, que son: riesgos, calidad, recursos, entre otros.

Me quiero detener solamente un momento para hablar de riesgos. Actualmente, la Ley y el Reglamento establecen la obligatoriedad de contar con una planificación de gestión de riesgos al momento de elaborar los expedientes técnicos. Si no contienen este plan, los contratos de obra pueden ser objeto de nulidad. Ahora, con esto no quiero generar un terrorismo o un anarquismo para poder bajarnos todos los contratos de ejecución de obra que no han seguido esta formalidad, lo importante de esta gestión de riesgos es lo siguiente: que el OSCE ha implementado una guía práctica que recoge la gestión de riesgos del PMI.

¿Qué es el PMI? El PMI es un instituto internacional que agrupa a los profesionales dedicados a la gestión de proyectos. El PMI tiene una guía estándar, que se llama PMBOK®, que actualmente se encuentra en su sexta edición. Pero lo importante es que el Estado se está abriendo a la mentalidad de poder adoptar guías o estándares o manuales, para poder incorporarlos y que permitan una mejor ejecución contractual.

Pregunta del público: ¿Esa guía desde cuándo se pudo poner en práctica?

Roberto Lara Bravo: La guía, básicamente, más que estar en práctica, permite dar a conocer elementos que no se encuentran regulados en la legislación, por ejemplo, todos hemos escuchado hablar de la palabra «holgura», pero ni en la Ley, ni en el Reglamento, ni en el Reglamento Nacional de Edificaciones, ni en ninguna directiva del Ministerio de Transportes vamos a encontrar la palabra «holgura». Si queremos, nos vamos al diccionario, pero está descontextualizado. Pero, si nos remitimos a la Guía de Gestión de Proyectos del PMI, podemos encontrar claramente cuál es su definición y cuál es su contexto. Es por ello que hay muchos errores de profesionales que mencionan, cuando quieren denegar una ampliación de plazo: «No concedemos la ampliación de plazos porque la ruta crítica tiene holguras». Por definición, la ruta crítica tiene holgura 0, no tiene holguras.

Entonces, es por esta ausencia de definición, de regulación en la legislación nacional que se comenten estos errores. Por eso, es importante que se generen directivas para poder elaborar manuales, guías, un marco de referencia que permita unificar criterios, tanto para la entidad como para el contratista, para que hablen un mismo idioma.

Calidad. El tema de calidad también es importante, es un elemento importante actualmente en la evaluación de las certificaciones de estas directivas. Si tú quieres un ISO 9001, que es el de calidad, puntuación, pero ¿qué es lo más importante al margen de la puntuación? Que te va a permitir utilizar los conceptos y contenidos que engloba este ISO, que son avances, liberaciones, entregables, que te van a ayudar a evitar problemas o discrepancias en cuanto a [...] de obra, aplicación de penalidades.

Muchas veces hemos escuchado hablar de que un [...] se encuentra al 90%, pero ¿eso realmente significa avance? ¿Significa término? No. Si tengo que realizar cinco columnas, hago las cinco y de esas cinco, cuatro presentan [...], yo puedo decir «ya terminé», realmente no, lo que he hecho solamente es cumplir al caballazo con la ejecución de esa

columna. ¿Por qué? Porque tengo que rehacerla. Entonces, si estaba al 90%, ¿me faltaba 10% para terminar? Básicamente, no.

Esto es, por ejemplo, lo que mencionaba de la idea de gestión de proyectos, esto lo mencionan en PMBOK, establecen cuáles son las restricciones [...], que ya hemos visto que también están en la legislación nacional, pero están ahí de contrabando, no están definidas tal cual lo están en este diagrama. Cronograma, presupuesto, alcance, calidad, riesgo, recursos, lo que hablábamos hace un momento.

Volviendo al plazo, en el Reglamento de la Ley de Contrataciones tenemos el tema de inicio del plazo, ampliación de plazo, programación, demoras justificadas y solución de controversias. Sobre estos temas, el doctor Jorge les explicará más a detalle.

Visto esto, tenemos las siguientes interrogantes que surgen en una relación contractual de ejecución de obra: ¿corresponde realmente la ampliación de plazo cuando no hay a veces criterios? ¿Qué es lo que pasa? Las entidades te dicen: «Tú estabas adelantado, no te corresponde la ampliación de plazo». ¿Realmente eso es un criterio? El plazo es para toda la obra, no es para una determinada actividad; pero, como no hay un criterio unificador, no hay una guía estándar que nos permita hablar un mismo lenguaje, la entidad puede negarte bajo esos supuestos.

Es igual cuando se niega la ampliación de plazo porque el contratista señala que puede ejecutar algunas partidas; pero realmente sí hay una afectación de la ruta crítica y esa actividad [...], pues me corresponde la ampliación de plazo.

Igual cuando hablamos de microclimas. En el caso de las obras que se ejecutan en el interior del país, cuando hablamos de carreteras que tienen largos tramos, puede ser que en la alta montaña esté muy bien porque hay varios microclimas, y yo me encuentro en una zona, digamos, en la zona baja, y cuando pido una ampliación de plazo porque la

crecida del río afectó, me van a decir: «Sí, pero en esta zona no llovió, llovió allá». «Sí, pues, pero el efecto es que llueve en las alturas y después la crecida del río en unas horas llega a donde estoy».

Entonces, se genera ese tipo de discrepancias cuando no hay un marco de referencia adecuado. Por tanto, lo que recomienda la AACE (una asociación internacional de ingeniería de costos), a través de sus prácticas recomendadas, establece criterios que van a permitir tener un mayor alcance a nivel de conocimiento en el tema de ampliaciones de plazo y compensaciones.

Entonces, dicho esto, la ampliación de plazo se termina convirtiendo en una especie de percepción, para el contratista debe ser cuatro, para la entidad, tres, y siempre va a ser así porque no hay un criterio unificador, no hay nada que permita determinar que hablen el mismo idioma.

Dicho esto, ¿cómo cuantifico la ampliación de plazo? ¿Con base en qué? Si no hay criterios, no hay guías, no hay estándares, no hay ninguna directiva. Bueno, básicamente van a primar los usos y costumbres, los juicios de ingenieros expertos o, en algunas ocasiones, prácticas recomendadas. ¿Usualmente qué pasa? Cuando ocurre una ampliación de plazo, lo más sencillo es [...] en función de los días calendario, el tiempo de afectación lo traslado a que sea lo mismo que el tiempo de impacto, cosa que no es lo mismo. Yo puedo tener una afectación de x días y el impacto puede ser $x + 2$ días, entonces ahí tenemos una metodología de cálculo.

Otra es a través de rendimientos. Si yo tenía una programación valorizada para determinado mes y, sin embargo, por una afectación hice menos, ¿cómo puedo calcular? Resto y lo divido entre los rendimientos ofertados [...] precios unitarios, y ahí me sale otro número. Pero, a veces, con una u otra metodología sale un mayor número de días, que el contratista va a coger, pero le entidad no. Entonces, si no se establece

qué criterios se van a utilizar, obviamente cada uno va a hablar el lenguaje que le parece.

Igual tenemos las prácticas de la AACE, que ya mencioné, sobre directrices técnicas para aplicación del método de la ruta crítica y programación, o también el protocolo de disrupción de la sociedad de construcción de Londres, que permite ayudar en problemas de atrasos en la ejecución [...] proyectos de construcción. Estos dos están en inglés.

Los efectos económicos de la ampliación de plazo son dos: mayores costos generales variables y mayores costos directos. Con respecto a los mayores costos directos quiero detenerme un momento, porque la pregunta salta: ¿qué involucra el costo directo? Básicamente, el costo directo está conformado por materiales, mano de obra, equipos [...]. Aquí justo hay un contrato de un ministerio, que señala lo siguiente: si bien es cierto en el primer párrafo reconoce los costos directos y gastos generales, en el segundo párrafo te dice: «Para efectos del párrafo anterior, los costos directos no incluyen maquinaria ni mano de obra ni materiales». O sea, ¿qué me ha reconocido? Nada.

Entonces, si no hay ninguna guía, no hay un criterio unificador, ninguna metodología que permita hablar al contratista y a la entidad el mismo idioma, realmente no vamos a poder llegar a nada y vamos a trasladar este problema al tribunal arbitral o al árbitro, es decir, vamos a darles la papa caliente para que decidan y después nos quejamos de cómo decidieron.

Bueno, cuando hablamos de adicionales, hablamos también de alcance y costos adicionales, mayores metrados. Sobre estos temas también el doctor Montesinos va a hablar en su exposición. Sólo me quiero detener en el tema de modificaciones, artículos 34 y 142, que están destinadas también a afectar el equilibrio económico financiero. Eso es también todo lo que está circunscrito al tema de ejecución del contrato de obra, que ya se ha visto.

Y los procedimientos que están ausentes que deberían estar recogidos en este reglamento, por ejemplo, disminución de los [...] por cuestiones imprevisibles. Hace unos años, se ejecutó una obra en el interior del país, en una zona de emergencia o zona roja como la conocen los militares, el VRAEM, hubo un atentado terrorista, se incendió el campamento, se quemaron maquinarias [...] y la obra quedó paralizada. Después de reanudarse, después, digamos, de que volvió «la armonía», los ingenieros ya no querían ir a trabajar o querían ir a otro costo, los materiales también, incrementaron los costos de todo. Entonces, ¿cómo yo tramitaba ante la entidad ese mayor costo? No es una prestación adicional, tenía que ser la misma cantidad de obra, pero solamente que a otro costo. Ese procedimiento no está, no existe, entonces ¿cómo hacemos? ¿Cómo me lo otorga la entidad? ¿Cómo los funcionarios tienen la tranquilidad de que no van a ser perseguidos después por la Contraloría si aprueban un mayor costo o un presupuesto adicional?

Otro ejemplo es el tema de los costos por pérdida de productividad, es decir, por la interferencia de terceros o incumplimientos de la entidad. Yo hago menos de lo que tenía planificado hacer, es decir, se tenía que realizar una actividad en diez días y la hago en esa misma cantidad de días con mayor cantidad de recursos o la hago pasando ese plazo; sin embargo, ese rendimiento de esos trabajadores que tengo yo o los recursos que he empleado, ¿quién me lo repone?

Entonces, si es que no hay un procedimiento, tendría que de repente alegar para este mayor costo una metodología determinada [...], que consiste en coger una parte de una ejecución normal de una actividad con la actividad efectiva, y la diferencia es lo que deberían reconocerme. Pero eso no está determinado, yo puedo establecer esa metodología, pero la entidad me la va a desconocer, va a decir: «Eso no está regulado» y, mientras no esté regulado, voy a tener este tipo de inconvenientes.

Al igual que cuando tenemos las partidas de ejecución [...], cuando tengo una obra de ejecución vial y se [...] un mayor plazo, tengo como

actividad principal el tránsito y la seguridad vial, que no deben parar en una vía. Realmente, ¿quién aprueba ese adicional cuando yo estoy ejecutando? Si yo lo ejecuto y después lo quiero cobrar, la entidad me va a decir: «No es una prestación adicional porque no la solicitaste, y no te la pago porque no hay resolución de por medio», pero es una actividad que no debe parar, entonces, ¿qué procedimiento aplico si no está regulado?

Bueno, eso es todo y esperemos que en este nuevo reglamento se regulen todas estas metodologías o procedimientos que no forman parte de la legislación actual, y que van a evitar que vayan distintas controversias a arbitraje. Gracias.

Jorge Antonio Galindo Verástegui: Muy buenas noches, mi nombre es Jorge Antonio Galindo, ya me presentaron brevemente al comienzo, y me ha tocado hablar lo referido a las ampliaciones de plazo que, por lo demás, es un tema fascinante, interesantísimo y que da mucha discusión; pero, lamentablemente, no tenemos todo el tiempo que quisiéramos para poder desarrollarlo como debería ser.

Quisiera empezar la exposición, quizá les va a parecer un poco extraño, con un pequeño párrafo de un poema, que me gusta bastante, de Jorge Luis Borges, el gran poeta argentino, referido al tiempo, y Borges dice:

Mirar el río hecho de tiempo y agua
y recordar que el tiempo es otro río,
saber que nos perdemos como el río
y que los rostros pasan como el agua.

Qué importante es no olvidar que no solamente hacemos una obra o ejecutamos un proyecto, sino que hay muchos aspectos de nuestras propias vidas que se mezclan y fusionan junto con la ejecución del proyecto, hay gente, hay ideas y hay sueños que forman parte de lo que

es hacer una obra, eso pasa en el Perú, en Chile, en Ecuador, en todas partes del mundo.

Es así que, antes de empezar con el tema un poco más pesado de fondo, que es propiamente la comparativa entre los cambios normativos de nuestra, personalmente muy querida, norma ya derogada, el Decreto Legislativo n.º 1017, y la actual vigente, que es la Ley n.º 30225, quisiera plantearles unas tres o cuatro reflexiones muy rápidas que se me ocurrieron mientras venía caminando hacia acá.

La primera de ellas está referida al plazo, que ya más o menos lo ha mencionado el doctor Lara, como un elemento esencial de la obra. Todos ustedes han destinado una parte de su tiempo el día de hoy para venir a sentarse aquí a escuchar a todos los magníficos ponentes que nos han precedido aquí en la mesa y a nosotros tres, y todos ustedes han tenido que dejar de hacer algo más para estar aquí presentes, económicamente sabemos que a eso se le llama el costo de oportunidad, y todos hemos asumido este costo de oportunidad porque hemos creído conveniente a nuestros intereses, a lo que consideramos que es mejor para nosotros, el venir a sentarse esta noche y escucharnos.

Entonces, así como a nosotros nos resulta tan importante venir aquí y escuchar las ideas que los ponentes han querido desarrollar, es igual y hasta inclusive más importante hacerlo en el caso de una obra pública, porque en la obra pública —me refiero estrictamente a la obra pública porque voy a hablar de la Ley de Contrataciones, que sólo es aplicable a las obras de tipo público— el recurso público es escaso, limitado, está muy controlado y su mala utilización es castigada por la ley con penas, con procedimientos administrativos sancionadores a los funcionarios. Por lo tanto, su utilización tiene que ser muy mesurada y muy precisa, y es por ello que el plazo en una obra es tan importante tanto para el contratista que está ejecutando, porque le van a pagar en función de ese mayor o menor plazo en el que va terminar de ejecutar el proyecto, como para el funcionario, que tiene que buscar nivelar ese plazo o, en

todo caso, otorgarle el mayor plazo para que el contratista cumpla el fin que es construir el proyecto, no necesariamente en el tiempo porque sabemos que nuestras obras aquí en Perú —pasa, en realidad, en todo el mundo—, por lo general, no acaban en el plazo contractual inicial, varían mucho, terminan en plazos totalmente distintos.

Quizá por la coyuntura que vivimos hoy en día, tendemos a pensar que las modificaciones de plazo o los adicionales de obra, como lo va explicar el doctor Miguel Montesinos en un momento, conllevarían algún acto de corrupción, de colusión, de malversación de fondos. Aunque en realidad podría ser que efectivamente nos encontremos en un escenario así, personalmente les digo que no ocurre en todos los casos, no nos acostumbremos a pensar que una ampliación de plazo *per se* lleva a la parte a la corrupción, lleva a la parte al club de la corrupción, si lo quieren decir de alguna manera, no es así.

Entonces, ya entrando un poco a la materia de lo que se me pidió esta noche comentar, quiero explicarles de forma bastante ágil los cambios ocurridos en la Ley de Contrataciones y su Reglamento, tanto los del Decreto Legislativo n.º 1017, ya derogado, como los de la Ley n.º 30225 y su Reglamento.

El primer punto, y para esto hago un paréntesis, he tratado de ser lo más resumido con los textos de la normativa porque son muy grandes, por lo tanto, yo los invito a que si les interesa alguno de estos artículos, hagan alguna pregunta o alguna consulta.

El primero de ellos está referido a la ley. El Decreto Legislativo n.º 1017 tenía la explicación de qué cosa es la ampliación de plazo, y la Ley n.º 30225 también la tiene claramente, la diferencia que está marcada en rojo busca resaltar cuál es el cambio que se ha producido, y yo les voy a explicar en un momento, de lo que he podido investigar y de lo que yo he podido razonar revisando la norma, a qué se debe esta modificación.

Si vemos, el Decreto Legislativo n.º 1017, ya derogado, señala «Modificación del cronograma contractual», que, de alguna manera, como el doctor Lara ya ha mencionado, habla del tema de gestión de los proyectos; y en la Ley n.º 30225 vemos que ya no se habla de «Modificación del cronograma contractual», se habla de «Modificación al plazo contractual», con lo cual, si bien podría parecer quizá algo bastante superfluo, un cambio no tan relevante, realmente lo que se ha querido con esta última modificatoria —y, además, si mal no recuerdo, esta modificatoria tiene ya la precisión inclusive del Decreto Legislativo n.º 1444, que es uno de los últimos que también ha salido— es finalmente precisar el sentido de una ampliación de plazo, porque el cambio de un cronograma de obra no solamente implica cambiar o variar el plazo, tiene muchos otros componentes un cronograma de obra actualizado, que se ha llevado a cabo medianamente por el contratista, cuidado por el supervisor, conlleva muchas más cosas que simplemente los tiempos, por eso han querido hacer la precisión diciendo: «Ah no, estamos hablando del plazo contractual». Perfecto, yo saludo eso.

Pasando ahora sí al Reglamento y a las modificaciones, tenemos nuevamente el artículo 175, lo que es ampliación de plazo contractual, y el artículo 140 de la normativa. El único comentario aquí sería que lo que han querido hacer es aclarar o mejorar la redacción del artículo porque esos dos supuestos que están subrayados ahí, que se referían a «Atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la entidad» y el otro que es «Caso fortuito o fuerza mayor», ya están subsumidos dentro de «Atrasos o paralizaciones no imputables al contratista», y nada más simple que eso. Realmente, en técnica legislativa y en normativa, siempre debemos preferir —o los legisladores deberían preferir— la redacción más simple y no enredarnos con cuestiones tan complicadas.

Algo parecido ha ocurrido con el 200, que es el que regula las causales, en el caso del Decreto Legislativo n.º 1017; y el 169 del nuevo Reglamento de la Ley n.º 30225, respecto a atrasos y paralizaciones por

causas atribuibles a la entidad y caso fortuito. Como les vuelvo a decir, siguen ese mismo esquema lógico y, por lo tanto, se ha mejorado esa redacción y se ha hecho un añadido, se ha agregado como causal cuando sea necesario un plazo adicional para la ejecución de mayor metrado, que no provenga de la variación del expediente técnico de obra en contratos a precios unitarios.

Me encantaría hablar un poco más de los mayores metrados. Hace poco estuve revisando información directamente del OSCE, que lo desarrolla, me hubiera encantado traerla, pero me hubiera tomado como 30 minutos o 40 minutos más exponerla, y creo que el tiempo no da para una ponencia así sobre el tema de los mayores metrados.

Esta parte es muy importante, es un nuevo supuesto de ejecutar una parte de la obra que ya estaba contemplada y hacerla crecer un poquito más, y que esto, a su vez, implique un poco más de tiempo del contratista y de la obra para poder ejecutar eso de más. Entonces, se contempla como una nueva causal para solicitar ampliación de plazo.

Y, antes de pasar a lo siguiente, solamente como un comentario curioso, sabemos todos —y, si no lo sabemos, les cuento— que para solicitar una ampliación de plazo tenemos que, entre otras muchas cosas, acreditar una afectación a la ruta crítica del proyecto, eso está en la normativa, si no lo han visto, está por ahí, porque he tratado de economizar el texto lo más posible, era un párrafo muy grande.

¿Por qué menciono esto? Porque, partamos nuevamente de la premisa afectación de la ruta crítica para yo poder solicitar una ampliación de plazo, pero ¿alguno de ustedes considera que podría existir un proyecto sin ruta crítica? ¿Creen eso posible? Considerando además que Roberto ya ha mencionado un poco qué cosa es una ruta crítica y para qué sirve.

Fuera de la polémica que podría generarse si vamos a entrar a discutir sobre el tema de ruta crítica, es muy importante que se tenga en cuenta que, aunque suene gracioso y extraño, sí existen proyectos sin ruta crítica. Quizá un purista podría censurar o quizá se moleste conmigo por lo que acabo de decir, pero lo que les acabo de contar son experiencias propias, me ha sucedido, me ha pasado tener que asesorar a una empresa que tenía un problema con un proyecto sin ruta crítica.

¿Cómo llegó ese tema sin ruta crítica? Bueno, es un tema fascinante porque el proyecto, además, ya estaba en ejecución, ni siquiera es un proyecto con visos de empezar o que estaba en fase todavía de licitación, el proyecto ya estaba adjudicado, el contrato ya estaba firmado, el cronograma ya estaba entregado, y, claro, el contratista tampoco se puso a pensar: «Oye este expediente técnico que estoy recibiendo no menciona dónde está la ruta crítica, no está mencionando qué debería yo considerar». «No, no, no, no, tú trabaja», un poco lo que algunos ponentes ya han mencionado anteriormente, al caballazo, «vamos, avancen y luego preguntan».

Sucedió y ahora ¿qué cosa hacemos para corregir eso? ¿Qué cosa hacemos para corregir cuando no existe ruta crítica? La única posibilidad en ese momento fue hacer una adenda del contrato, porque no había de otra. Y vayan ustedes a ver si es que la entidad también no va a cuestionarme firmar el día de hoy una adenda de un proyecto que ya empezó. Solamente les digo, para resumir, que el caso todavía no acaba y va a tener para bastante.

Entonces, para no hacerla tan larga, el procedimiento de ampliación de plazo en la norma anterior era esto, ahí no me voy a detener tanto porque, nuevamente, eso está en la normativa. Sólo cabe decir que eran 15 días, 7 días y 14 días, siempre acuérdense de eso, son esos típicos plazos que establecía esta norma para poder seguir el camino que me permitiese llegar finalmente a la resolución en la que me otorgaban o me denegaban mi ampliación de plazo.

Así, pasamos a la normativa actual, la Ley n.º 30225, el Reglamento, ahora ella me dice que ya no son 15, ya no son 7 y ya no son 14, ahora son 15, 5 y 10. Entonces, ¿por qué quisiéramos hacer eso? Bueno, por la simple razón de que el Estado se demora mucho, a veces, en darnos una respuesta, y cortar un poco los plazos es presionar a los funcionarios, quizá, para poder darnos una solución al pedido del contratista en el más breve plazo y de la mejor forma posible.

Ahora, también se han adicionado, en las partes en amarillo, ciertas particularidades y, sobre todo, en ésta que me parece muy interesante. Aquí lo que están pidiendo no solamente es acreditar la causal por la cual yo pido la ampliación de plazo, sino que, además, tengo que [...] el riesgo no previsto, los efectos y los hitos que se afectan. Entonces, ya no es simplemente decir: «Oye, tuve un problema porque estaba entrando en esa parcela y de pronto salió una comunidad que desconoció el acuerdo que tenía firmado con el gobierno regional». Bueno, no es tan simple, me ha pasado en algún proyecto y mi sustentación para pedir ampliación de plazo ha sido únicamente mis constancias judiciales, mis constancias notariales de que no podía ingresar con la maquinaria para realizar trabajos, claro, fuera del sustento técnico que demuestra que debería yo tener la ampliación para que no se afecte la ruta crítica. Pero, ahora también me dicen: «Oye, tienes que estar claro con los efectos y con los hitos que se afectan», entonces, ya no es simplemente una solicitud de ampliación de plazo al aire, me están pidiendo realmente que les cuente una historia y que sea una historia buena y que se la crean, porque si yo les voy a inventar cosas, por más que esté técnicamente bien estudiada, según la normativa actual, no me van a conceder ninguna ampliación de plazo.

Entonces, aquí muy rápidamente en lo que es ya qué sucede luego de que me aprueban la ampliación de plazo, me voy de frente a lo que es la norma actual, la Ley n.º 30225, sobre todo las últimas partes de cada uno de los numerales. En todas esas partes y en orden, yo aprecio que en el primero de ellos existe una leve, una muy leve insinuación a

una visión de gestión, una visión de gestión que ha estado tan abandonada por el Estado durante todos estos años que recién ahora se está retomando o que se está queriendo [...] en esta normativa, que es con la que ejecutamos obras públicas día a día.

Miren el punto 2, dice: «Como máximo [...] los documentos, el inspector o el supervisor tiene que elevarlos a la entidad con los ajustes que podría acordar con el contratista». Entonces, ya no está promoviendo simplemente: «Oye, yo inspector o yo supervisor, contratista, dame el cronograma para yo llevarlo», simplemente el supervisor y el inspector se convierten en protagonistas ya más activos en la búsqueda de tener el sustento necesario para que el contratista logre el objetivo.

Esto me hace recordar mucho, muchísimo en realidad, a nuestra reciente experiencia en la que, por suerte o por algún designio, he terminado participando en la construcción y gestión de los Juegos Panamericanos Lima 2019, con lo cual todos estamos muy involucrados y muy entusiasmados. Justamente este tipo de mediciones de colaboración entre contratante, la entidad y el contratista se vuelve muy importante, especialmente por el tipo de contrato que han utilizado, que por ahí habrán escuchado que es un contrato tipo NEC 3, que es un contrato tipo inglés, muy especial, muy bonito, pero que ha tenido muchas falencias al momento de implementarse en la normativa peruana. Un tema muy interesante que daría para otra ponencia, lamentablemente, no hemos venido a conversar de ese tema.

Entonces, para terminar, simplemente las causales. El numeral 3, nuevamente una suerte de visión de gestión; estamos hablando inclusive de *invierte.pe*. Hay que hacer una comunicación en *invierte.pe* en el caso de las ampliaciones de plazo, ya no es simplemente conceder la ampliación por concederla y luego archivar el expediente, sino que, además, hay que hacer una comunicación al Sistema Nacional de Programación Multianual, que se está encargando ahora de hacer todo este

control de cómo están avanzando los proyectos a nivel nacional, con una visión de gestión, lo cual se saluda y se agradece.

En el punto 4, que originalmente mencionaba solamente la posibilidad de someter controversias a los mecanismos de conciliación y arbitraje, que ya muy bien se han expuesto en una mesa precedente, tenemos que ahora se menciona, además, de forma genérica, «solución de controversias por parte del mecanismo que existe en la ley». ¿Por qué lo menciona de forma tan escueta y ya no está el *numerus clausus* como era el punto 4 de la norma anterior? Sabemos ahora que también nuestra Ley n.º 30225 trae consigo lo que se llama «las mesas de resolución de disputas», lo que internacionalmente se conoce como «*dispute boards*». Ese mecanismo está todavía muy en pañales en Perú, todavía —que yo conozca— no tiene una experiencia concluida o alguna verificación de que funcione y ya se está mencionando para, inclusive, intentar resolver un problema de otorgamiento de una ampliación de plazo, lo cual es bastante sensible. Los *dispute boards* no funcionan como un arbitraje y menos con una contratación, tienen muchas particularidades que los hacen muy especiales, y una de ellas es que a los abogados nos manden a la casa y traigan arquitectos e ingenieros, que realmente a veces conocen mejor cómo resolver las controversias que los abogados, disculpen, pero es la verdad, lo hace mucho más expeditivo, pero con sus riesgos.

Finalmente, el tema del efecto de la modificación del plazo contractual. Sabemos que existe el concepto de mayores gastos generales variables, que se tienen que reconocer con la ampliación de plazo; pero ahí les hago otra pregunta, si la ley les está diciendo explícitamente que ante el reconocimiento de ampliación de plazo le corresponde al contratista un reconocimiento de mayor gasto general, con la salvedad de que por ahí colocan sobre el tema de adicionales de obra, ¿ustedes consentirían que una resolución diga que me otorga más plazo para hacer mi obra, pero sin reconocimiento de mayor gasto general variable?

Quizá suene un poco evidente lo que digo, porque si la ley me dice que ante el reconocimiento de una situación o un supuesto conlleva al otro, ¿por qué razón la entidad tendría que desconocerme un mandato de ley? Claro, en la realidad sí sucede, sí pasa, me ha pasado, haber encontrado resoluciones en las que te dicen: «Bueno, te doy más plazo, toma tus 200 días, pero no te voy a pagar. Está bien, anda, trabaja». Ahora, conversando esto con ingenieros y con personas que están medidas en el día a día con el tema de costos, me comentan y me dicen: «Bueno, lo que pasa es que también el funcionario ¿qué hace? Busca salvar responsabilidad».

A mí realmente no me cuadra mucho esa idea, porque hacer un pago *per se*, nuevamente, no es un acto de corrupción, sino que es cumplir además con un mandato de ley, entonces ¿por qué el funcionario busca evitar una sanción o una responsabilidad? Primero, porque el OCI de las entidades a veces tiende a visualizar el otorgamiento de la ampliación de plazo como perversa, desnaturaliza un poquito y sin ánimo de aludir a ninguna entidad en particular, desnaturaliza un poco la intención de otorgar una ampliación de plazo, que es simplemente reconocer una afectación de la ruta crítica para que el contratista tenga más tiempo para acabar la obra y que, finalmente, se cumpla este fin último, que es beneficiarnos todos nosotros con un puente, con una carretera, con un muelle, y no hay más historia, es solamente eso. Pero, claro, esto al final no termina siendo tan simple para el funcionario público, sobre todo para quien controla al funcionario público. Entonces, es toda una discusión muy interesante.

Simplemente, para concluir muy rápido todo lo que he mencionado. Se ha buscado hacer muchas precisiones en la normativa, se ha querido hacer alguna implementación en temas de gestión, se ha querido decir: «Bueno, ya estamos más grandes, ya hemos madurado, ya hemos pasado por un par de crisis, creo que podemos afrontar una normativa un poco más exigente, que tiende un poco más, antes que a una visión celosa del Estado de cuidar el caudal público, a una visión

más de gestión y de eficiencia». Ésa es la última idea con la cual quiero agradecer, muchísimas gracias.

Miguel Montesinos Álvarez: Buenas noches, yo soy Miguel Montesinos y en este caso se me ha encomendado hablar un poco sobre adicionales de obra [...], a propósito del Decreto Legislativo n.º 1444.

Bueno, primero que nada, quería agradecerles por su presencia, me parece muy importante que nos capacitemos, no solamente está el tema de obra privada, sino también es importante el tema de obra pública.

Ahora el mundo de la construcción está emergiendo de forma paralela con la economía nacional y también con el surgimiento cada vez mayor de los proyectos EPC, que cobran mayor relevancia en los últimos tiempos. Como sabemos, los EPC son contratos de ingeniería, procura y construcción (*engineering, procurement and construction*), que requieren muchas y mayores habilidades por parte de todos los profesionales encargados de cada una de las áreas de conocimiento del proyecto.

En este caso, los abogados cobran mucha más relevancia porque al traslaparse tanto la ingeniería con la procura y la ingeniería adicionalmente con la ejecución del contrato, hay muchos más riesgos que se pueden materializar. De hecho, la manifestación de un riesgo va a jalar en cadena muchos otros más impactos que podrían haber sido de menor cuantía, de menor rango, en el caso de que estemos hablando de un proyecto de construcción clásica, que es la ejecución pública.

Entonces, esta importancia de formarnos en el mundo del derecho de la construcción también trae a colación lo que el doctor Lara mencionó con respecto a la AACE, con respecto a los lineamientos y buenas prácticas del Project Management Institute - PMI, también lo que mencionaron de la Sociedad del Derecho de la Construcción del Reino Unido, que dicta las buenas prácticas de la construcción a nivel internacional. Todas esas áreas de conocimiento forman parte de nuestro

legajo y nosotros debemos conocerlas por más que, incluso, sea difícil por el tema del idioma, debemos llegar a ellas, porque eso va a marcar la diferencia.

Y, una cosa más también, hay que aprovechar el producto nacional. Ahora estamos en auge, yo sé que hay un tema muy grueso con esto de la corrupción, pero yo creo que hay medidas para tratar este tema que es tan complejo y hay muchas posturas, pero no por eso debemos dejar de darle apoyo a las empresas nacionales, que ahora están adquiriendo más conocimiento. Por ejemplo, les comento qué es lo que yo hago actualmente, porque también voy a tocar algunos ejemplos en la ponencia, asociados al proyecto donde estoy. Yo ahora estoy como jefe legal de administración [...] contractual en el proyecto de obras complementarias de la Línea 1 del Metro de Lima, este proyecto, primero, es una EPC, como les comenté en un inicio; y, segundo, es un proyecto que se ejecuta en caliente, la operación no puede parar, nosotros cualquier día de la semana vamos al tren y el proyecto continúa, de hecho, algunos trabajos que se ejecutan en vías férreas se realizan en la madrugada, entonces son muchos temas que son muy importantes y que debemos tomar en cuenta.

Y, para terminar este preámbulo, tenemos que la mayoría de los subcontratistas, desde las partidas más complejas en tecnología, son subcontratos con empresas extranjeras —alemanas, italianas, españolas, brasileñas— que tienen la tecnología; nosotros, los peruanos, no tenemos aún toda esa tecnología, pero ¿qué debemos hacer? Ahora que estamos subcontratando, nosotros adquirimos el conocimiento para que después tengamos la capacidad de exportar conocimiento. Entonces, llegar a ese nivel sería un golazo para el país y nosotros como abogados debemos apoyar esa línea.

Bueno, ahora sí entrando en materia, el tema de los adicionales de obra. Para entrar en materia, es necesario recordar, porque ya lo sabemos, el marco teórico asociado a los adicionales de obra pública. ¿Qué

es obra pública? Sabemos que existe también la obra privada, entonces, ¿cómo podemos definir a la obra pública? Esta definición va más allá del tema normativo porque es básicamente lo que se maneja a nivel doctrinario, doctrinario nacional e, incluso, va en la misma línea de muchos países latinoamericanos. El elemento objetivo, como sabemos, y esto sí lo tenemos muy claro, es prestaciones que tienen que ver con la construcción, destrucción, reparación, renovación de un bien inmueble, que requiere un expediente técnico, una dirección técnica y está asociado a un fin público. La perspectiva subjetiva hace referencia a los actores que están inmersos en la obra pública, éstos son el Estado, los organismos del Estado y, asimismo, el contratista, es decir, las partes que participan en el proceso de selección y que, finalmente, llegan a ser partes del contrato. Y el teleológico, lo dije en un inicio, la finalidad pública, es una obra que va a ser usada por el público, por los administrados. Es así que, mediante estas tres menciones, entendemos qué es la obra pública.

Ahora, ¿por qué es importante decir que es pública? Porque, como dijo el doctor Galindo en su momento, se trata del dinero de nuestro bolsillo, de las arcas del Estado, y al ser el dinero del Estado, requiere un sistema, un mecanismo de control preventivo muy exhaustivo, para poder mitigar los riesgos de corrupción, de mal manejo de estos recursos públicos. Entonces, cobran relevancia para entender cuáles son las competencias que tiene, por ejemplo, la Contraloría General de la República para adicionales que puedan exceder un porcentaje que es el 15%, para el caso de obras, del monto contractual original.

Ahora, siguiendo la misma línea, el contrato de obra pública. Se podría decir que no tiene relevancia tocar ese punto porque, finalmente, el contrato de obra pública es un acto cuyo objeto es la obra pública. Sí, en realidad sí, pero, siendo un poco más legalistas, lo que podríamos decir es que es una modalidad de ejecución de obra pública. ¿Por qué? Porque podría tratarse de una contratación directa o un proyecto como en el que yo trabajo, un contrato de concesión de obra pública, en el que parte del objeto es la ejecución de obras complementarias, obras

adicionales. Entonces, es una modalidad de ejecución, es la más usual y está prevista en la Ley y el Reglamento.

Ok, ahora sí entramos un poco más en el tema de esta conferencia, que son las prestaciones adicionales en obra pública. Esta definición, que contiene una serie de elementos, sí está de forma expresa en la ley e, incluso, está también mencionada considerando las modificaciones del Decreto Legislativo n.º 1444.

En primer lugar, se trata de una prerrogativa pública, forma parte de las cláusulas exorbitantes, esas competencias que tiene el Estado para solicitar la ejecución de un adicional. Además, es una pretensión [...]. Luego, esa prestación debe ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato. Si bien acá no lo he puesto, para que sea adicional, su alcance no debe estar ni en el expediente técnico ni en el contrato ni en todos los anexos que lo conforman; pero, a pesar de que no está expresamente, debe ser indispensable para alcanzar la finalidad, la funcionalidad, la operatividad de esa infraestructura, de ese bien inmueble, que va a ser finalmente usado por los administrados.

Asimismo, tiene un origen y este origen está contemplado en el numeral 34.5, que justamente ha sido modificado por este decreto legislativo. ¿Cuál es el origen? Deficiencia del expediente técnico, situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato —perfeccionamiento del contrato, acordémonos de ese punto—, causas no previsibles en el expediente técnico que no son responsabilidad del contratista. Como podemos ver, acá está clara la intención, se está tratando de dejar bien claro que las prestaciones adicionales son la materialización de una necesidad de ejecución de las mismas, a razón de la materialización de un riesgo negativo, que en sí mismo como riesgo no forma parte de las responsabilidades del alcance del contratista, del constructor; por tanto, es necesaria su aprobación, la cual va a devenir en un reconocimiento de costo y plazo. Así como el doctor Galindo indicó, una ampliación de plazo lleva aunado, en teoría, regularmente,

un reconocimiento de gastos generales, en este caso, los adicionales de obra conllevan también el reconocimiento de costo y plazo.

Siguiendo con los elementos, requiere una autorización previa y una disponibilidad presupuestal. El tema de la autorización previa es claro, debe ser por la entidad competente la aprobación; sin embargo, en el caso del adicional que supere el 15% del monto del contrato original, va a recibir una aprobación adicional que es de la Contraloría General de la República. Pero aquí hay que hacer una acotación, en realidad, no es una aprobación en sí, sino que es la materialización de una actuación de control previo, que tiene una parte que es ajena a la relación jurídica contractual y que es necesaria por lo mismo que hemos dicho, es público, son recursos públicos. Bueno, el tema de la disponibilidad presupuestal es claro, es evidente, forma parte del procedimiento.

Finalmente, habilita la aprobación de la ejecución de una prestación adicional, habilita su trance de llevar a cabo un procedimiento de selección. Evidentemente, si supera el 50%, podríamos ya salirnos del esquema de una prestación adicional.

Bueno, acá de nuevo el tema de las modificaciones que han sido muy engorrosas. Yo no he puesto un formato espejo de lo que era antes y lo que era después, simplemente a modo de resumen he puesto que en virtud de la modificación del artículo 34 de la Ley, que en realidad es el artículo estrella para este tema, se han incorporado supuestos de modificación del contrato, a través del numeral 34.2. Es necesario recalcar que estos supuestos de modificación ya estaban en su mayor parte, como lo vieron ustedes primero, en la normativa de contrataciones; sin embargo, estaban en una forma dispersa, estaban de hecho en un artículo, el 34-A, que hablaba sobre pactos convencionales, que va más allá de un adicional, de una ampliación de plazo; y, asimismo, había un nombramiento en el artículo 5 del Reglamento. A fin de que nosotros, como operadores del derecho, no hagamos interpretaciones integrando normas, lo que se ha querido hacer con una buena técnica legislativa es

incorporar en el mismo artículo 2 para poder clasificarlos. Entonces, personalmente, me parece correcto, me parece apropiado.

Lo que es básicamente el primero, es ejecución de prestaciones adicionales; segundo, reducción de prestaciones; autorización de ampliación de contrato, que es un tema anterior; y, finalmente, se puso un cajón de sastre, que es «otros contemplados en la ley y el reglamento». Anteriormente, en el artículo 34-A se hacía mención únicamente a las modificaciones convencionales, acá se está ampliando el cajón de sastre, con la esperanza de que, en virtud del reglamento, que vamos a ver en un futuro, esperemos que sea en un corto plazo, vamos a desarrollar un poquito más. Al final de esto voy a dar un comentario.

Como otro punto, también se incorpora esta modificación a partir de este decreto, que dice que cuando no se trate de prestaciones adicionales, se ha señalado que las partes pueden acordar también otras modificaciones al contrato, siempre que las mismas deriven de los siguientes supuestos, acá vamos a enumerarlos simplemente: «hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas». Acá les dije que recuerden un tema anterior, acá dice «a la presentación de ofertas», pero en el punto anterior, que era sobre adicionales en sí mismos, era «hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato»; entonces, aquí podemos apreciar que las partes podrían acordar modificaciones por supuestos de hecho que encajen entre la presentación de la oferta y el perfeccionamiento del contrato, o sea, hay un periodo que la norma está contemplado en este momento, a razón de la modificación, para poder generar adicionales en virtud de un acuerdo convencional, un acuerdo entre las partes.

Luego, el segundo punto dice «que no sean imputables a ninguna de las partes», eso es evidente porque, si no, no habría un reconocimiento en este caso. Tercero, «que permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente», lo mismo del tema anterior, el hecho de que sean prestaciones adicionales en virtud de un acuerdo no quiere decir que no sigamos con la perspectiva teleológica de los adicionales comunes, que

es alcanzar la finalidad. Y, finalmente, «Que no cambien los elementos determinantes del objeto», eso también está claro, porque por darle mayor potestad a las partes de ir más allá del objeto del contrato por un acuerdo de adicional a nivel convencional, podríamos tener serios problemas.

Por último, se hace una acotación que dice «cuando la modificación implique el incremento del precio debe ser aprobada por el Titular de la Entidad», es evidente, lo más razonable si es que habría un incremento de precio.

Bueno, me indican que ya vamos a terminar, así que voy a ser muy breve. Acá este punto está abocado al tema de disputas en adicionales de obra pública. Básicamente, lo que dijimos anteriormente era que para la aprobación de la ejecución y pago de los adicionales o para la aprobación del pago, a secas, de los adicionales, se requiere de la aprobación de la entidad; sin embargo, si se supera el 15% del monto contractual original, se va a requerir, adicionalmente, la aprobación de la Contraloría General de la República.

Ahora, en el caso de que haya disputas con respecto a esta aprobación o con el marco de la aprobación de los adicionales que superan el 15%, estaremos hablando de que no puede ser materia arbitrable, no son materia disponible para el arbitraje. Hay muchos puntos a nivel doctrinario que cuestionan esto, ¿por qué no debería ir a arbitraje? ¿Aca-so estamos yendo en contra de la finalidad que prevé la Ley de Arbitraje? Personalmente, yo no estoy de acuerdo con esto, no voy a desarrollarlo mucho, lo dejo en el aire, es un tema controvertido.

Finalmente, hay un tema de dificultades para la obra y para el propio contratista, porque imaginemos que el contratista logra la aprobación por parte de la Contraloría, la aprobación de la ejecución del adicional y, por tanto, está tranquilo porque también se le va a otorgar el pago. Él ejecuta el adicional, pero no llega el pago; entonces, ahí está

asumiendo él el riesgo, bueno, en realidad no va a asumir el riesgo porque, al contrario, quien asume el riesgo sería la entidad, ya que estaría reconociendo los gastos generales; pero no acaba ahí el problema, podría ser que ese plazo sea esencial para el proyecto, y el proyecto tendría más impactos que un tema puramente económico.

Ahora, en el caso de que el contratista esté a la espera de la aprobación del pago, él ya habría ejecutado la obra, pero estaría esperando el pago; entonces, hay temas de riesgos que dependen de la asignación de riesgos del contrato, también de qué estaremos esperando como aprobación de parte de la Contraloría, que podrían ser impactos no solamente para las partes, sino para el proyecto en sí.

Y, finalmente, el tema de los adicionales de obra pública y los principios de protección del enriquecimiento sin causa. Sabemos que, en caso de que no prospere una aprobación bajo el mecanismo regular por parte de la Contraloría, podríamos argumentar una demanda por enriquecimiento sin causa. Ahora, este tema también es controversial e, incluso, no solamente el tema de fondo como enriquecimiento sin causa, sino que, aceptando que el enriquecimiento sin causa podría ser el remedio jurídico aplicable en este caso, también se cuestiona, hay un debate doctrinario, en el sentido de si es pasible o no el enriquecimiento sin causa de ser una materia para la vía arbitral. Indican que se trata de una fuente de obligación extracontractual, hay una interpretación sistemática del Código Civil, esto es, por donde se encuentra, y se señala que no podría ser materia arbitral porque el tema de arbitraje es para temas contractuales, obligaciones contractuales. Acá también hay un tema debatible porque, en realidad, no debería ser la interpretación sistemática lo que finalmente determine [...].

Pero, bueno, dejo estos temas al aire, en verdad ha sido un gusto poder compartir estos breves minutos con ustedes, espero que haya otra oportunidad para ampliar, hay muchos temas, el tiempo ha sido muy corto, pero igual les agradezco y los invito a que sigamos preparándonos

en este campo que es muy bonito porque no solamente es derecho, hay muchas áreas de conocimiento que podemos explotar, y ésta es una oportunidad también para nosotros. Muchas gracias a todos.

Presentador: Agradecemos la participación del doctor Roberto Lara, Jorge Antonio Galindo y Miguel Montesinos. A continuación, a nombre del Instituto Peruano de Derecho Civil y el Instituto de Investigación Jurídica, les entregamos un reconocimiento.

Agradecemos la participación de nuestros distinguidos ponentes y del público presente, y los invitamos para participar en la segunda fecha el día de mañana. Muchas gracias.

VI. MESA 5: LA EJECUCIÓN DEL LAUDO Y SU EFECTIVIDAD

*Marco Silva Santisteban Valdivia*¹

*Giusseppe Vera Vásquez*²

*Jorge Abel Ruiz Bautista*³

*Ralph Montoya Vega*⁴

Marco Silva Santisteban Valdivia: Muy buenas tardes. Es un placer compartir con ustedes y abrir la primera mesa del segundo día de este Congreso Nacional de Contrataciones del Estado organizado por el Instituto Peruano de Derecho Civil, que preside mi dilecto amigo el profesor Roger Vidal Ramos. No podría empezar esta intervención sin antes agradecer su generosísima invitación; el momento es oportuno también

¹ Director Académico del Instituto de Derecho Privado - Idepriv, asistente de juez superior en la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima, ex secretario técnico de la Comisión de Capacitación del Área Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima y miembro del Programa de Sistematización de la Jurisprudencia de Sentencias de Anulación de Laudo Arbitral del Poder Judicial - PPR Comercial.

² Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo, con maestría en derecho de la empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en derecho procesal civil y arbitraje. Actualmente se desempeña como abogado asociado de Fernández, Heraud & Sánchez Abogados.

³ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres; magíster en contratación pública, concesiones y servicios públicos por la Universidad de Castilla-La Mancha (España); cuenta con posgrado en la Universidad ESAN, Graduate School of Business, con especialidad en derecho administrativo, contratación pública y arbitraje; con estudios concluidos en arbitraje internacional en la Universidad de Alcalá (España). Capacitador e instructor de la Sucamec y director del Círculo de Arbitrajes con el Estado - CAE.

⁴ Abogado experto en contratación pública y solución de controversias.

para saludar a los distinguidos abogados que integran este panel. Es un gusto coincidir con ellos.

Un primer apunte que me deja esta mesa es que sea la primera de varias que tratarán sobre arbitraje, cuando se acostumbra que, por la naturaleza de este tema, sea abordado en la parte final; esto lo comentaba hace poco en un evento y Jorge no me dejará mentir.

Y me preguntarán por qué sucede ello. La respuesta es sencilla, cuando se habla de ejecución de laudo arbitral, nos estamos refiriendo a los últimos minutos de vida del arbitraje, los que curiosamente, como veremos, en la *praxis* transcurren fuera de la instancia arbitral, en estricto, dentro de un proceso ante el Poder Judicial.

A mi juicio, la ejecución de laudo es un gran tema dentro del arbitraje, constituye el momento clave, en el cual se busca materializar la decisión del tribunal o del árbitro único. En la mayor parte de casos, los derechos declarados se volverán tangibles a partir de un proceso judicial, siendo importante subrayar que el proceso arbitral no finaliza con la sola expedición del laudo, sino que para efectivizarlo es necesario realizar actuaciones adicionales, y es justamente allí donde advertimos algunos problemas.

En efecto, la ley prevé la posibilidad de que las decisiones sean ejecutadas por los propios árbitros, siempre y cuando medie acuerdo entre las partes o esté previsto en el reglamento arbitral aplicable. Y ello obedece a que la función de los árbitros es temporal y limitada; limitada en cuanto a las partes que aceptaron el arbitraje, y temporal porque el encargo termina ya sea con la expedición del laudo o con las decisiones poslaudo resolviendo cualquiera de los recursos contemplados en el artículo 58. Luego de ese momento, el árbitro normalmente cesaría sus funciones, con lo cual, claro está, no tendría poder para realizar ninguna actuación adicional.

Con todo, lo cierto es que, aun con ese empoderamiento, la ejecución de laudo en sede arbitral en la mayor parte de veces suele ser complicada, por no decir imposible, cuando implique actos de coerción. Y me preguntarán por qué. Sencillo, por la suma de dos factores.

En primer lugar, porque nos rige la teoría del incumplimiento; es decir, estudios revelan que solemos ser renuentes a cumplir leyes, órdenes o compromisos. En ese contexto, es lógico que una persona que no cumple una ley o un contrato procederá de idéntica manera cuando se encuentre frente a una sentencia o laudo arbitral que le es adverso.

El segundo punto es que, a pesar de que el legislador mediante el artículo 139.1 de la Constitución le otorgó rango de jurisdicción al arbitraje, no le otorgó un atributo inherente a él, como el *ius imperium* o la fuerza coercitiva. Es por ello que casi siempre se debe recurrir al Poder Judicial para hacer cumplir por la fuerza lo decidido en el laudo.

Pues bien, esta suma de factores genera que el árbitro, a pesar de este empoderamiento, poco pueda hacer para ejecutar sus decisiones, y obliga a las partes, contrario a lo que quisieron al inicio, a recurrir finalmente al Poder Judicial.

Este laudo arbitral en sede judicial se convierte en uno de los títulos que recoge el artículo 688 del Código Procesal Civil, y su ejecución se rige bajo las reglas del proceso único de ejecución, que en teoría debería ser mucho más rápido. Sin embargo, el solo ir a la vía judicial ya implica un tiempo adicional que no fue pensado al momento de someterse al arbitraje. Siempre digo como ejemplo que estar en un proceso arbitral es como ir conduciendo en una vía privilegiada, una vía rápida; sin embargo, ante la poca efectividad, se renuncia a la misma y se ingresa a una de mucho mayor circulación, que si bien se trata de un proceso de ejecución, estimo que aunque demanda mayor tiempo del esperado, y en una suerte de conclusión anticipada, la ejecución de un laudo arbitral es el punto flaco del arbitraje.

Otro tema que me gustaría comentar es que, en la práctica, en estos procesos concurren tanto la legislación arbitral y ahora también el Código Procesal Civil, pero es de resaltar que la Ley de Arbitraje contiene pocos enunciados al respecto. Entre éstos, el artículo 68 del Decreto Legislativo n.º 1071, que menciona los supuestos cerrados de defensa, como lo son haber cumplido con la obligación demandada o que la misma esté suspendida al interior de un recurso de anulación.

Ante esa única disposición de la ley, el problema surgía cuando se estaba frente a la ejecución de laudos ilíquidos, donde el demandado no tenía cauce legal para cuestionarlo y el Poder Judicial tampoco para rechazar la ejecución, máxime que existe una disposición que señala que el juez está prohibido, bajo responsabilidad, de aceptar recursos que entorpezcan el proceso.

Pero a raíz de estos escenarios es que en la subespecialidad comercial dicha arista fue llevada como problemática en un pleno jurisdiccional comercial, el cual —más o menos— concluyó que al ser el laudo arbitral, en estricto, un título de ejecución, la obligación contenida debe ser cierta, expresa, exigible y líquida o liquidable, conforme lo señala el artículo 689 del Código Procesal Civil; y esto constituye un nuevo mecanismo de defensa en los procesos de ejecución de laudo.

Expresado lo anterior, sólo me queda señalar que el tiempo siempre resulta corto cuando uno conversa sobre temas que le apasionan, y debo necesariamente acabar, agradeciendo a todos por su tiempo e interés.

Nuevamente, muchísimas gracias.

Giusseppe Vera Vásquez: Usualmente, las partes en los convenios arbitrales no pactan la ejecución a partir de la actividad del árbitro; entonces, dentro de un escenario de arbitraje, hacer que las partes extiendan las bondades del arbitraje.

Y ¿cuáles son las razones por las cuales las partes deciden no someter su controversia al Poder Judicial, sino a arbitraje? Primero, que va a ser resuelta por árbitros que son especialistas en la materia, a los cuales ellos mismos han podido escoger, frente a la posibilidad del Poder Judicial, en el que puede que el juez no sea especializado sobre un tema que puede ser técnico, muy técnico; o que no lo sea tanto, pero prefieren ir a un arbitraje, ante un profesional del derecho que conozca esa especialidad. Segundo, por un tema de celeridad también.

Tercero, por un tema de flexibilidad. Las reglas en el arbitraje son las que las partes pactan, las de un centro de arbitraje, un reglamento; las propias partes pueden también hacer modificaciones en las estipulaciones de los reglamentos arbitrales, si es un arbitraje *ad hoc*, pueden establecer de manera conjunta con los árbitros cuál es el procedimiento a adoptar, y esto estará en el acta de instalación del tribunal, a diferencia del Poder Judicial, en donde las normas del proceso se cumplen de manera tal cual han sido establecidas en la norma. Por eso hay un artículo en el Título Preliminar que establece que las normas de carácter procesal son de carácter imperativo y de obligatorio cumplimiento, salvo que una norma de manera expresa establezca la posibilidad de que pueda haber alguna flexibilidad o alguna interpretación distinta, pero, si no, se aplica de manera tal cual, no hay posibilidad de flexibilidad.

Entonces, esas son las razones, entre otras, por las cuales las partes deciden ir a arbitraje; sin embargo, como bien decía Marco, llegan hasta el momento del laudo y el laudo puede ser muy bueno, en la mayoría de los casos eso ocurre, pero hasta ese momento ha transitado un año, un año y medio, quizás dos años —en pocos casos, cuando ya hay mucha actividad probatoria, puede durar más de dos años un arbitraje, pero usualmente es entre uno y dos años—, entonces, ahí hay un ahorro de tiempo, hay un laudo con [...] técnica y con una resolución justa [...]. Pero ¿qué hacer si ese laudo no se ejecuta? Entonces, creo que también la preocupación desde dentro del arbitraje debe ser de qué manera hacemos que esto pueda cambiar.

Considero que existe la posibilidad de que en el arbitraje en sí, primero las partes [puedan] pactar esa posibilidad y luego los árbitros, cuando aceptan el nombramiento como tales, también aceptan actuar en la ejecución de sus laudos cuando ello obviamente, reitero, sea posible. Eso, indudablemente, va a hacer que los árbitros tengan mayor actividad; su actividad no concluirá, entonces, con la emisión del laudo, concluirá luego. Pero si el riesgo es que la institución arbitral se fortalezca y llegue, en los casos que sea posible, a cumplir sus propios laudos, creo que ésta es una posibilidad absolutamente válida; sin embargo, eso ya es un tema de cultura arbitral, que las partes y los abogados que participan en los arbitrajes puedan en sus convenios respectivos pactar de esa manera.

Como ya lo señalé, ¿cuáles son las limitaciones? Las limitaciones son necesariamente el tema de la *coertio*. El árbitro no tiene la posibilidad de ejercitar la fuerza pública, entonces, en esos casos, el árbitro, por más que las partes le hayan encomendado realizar esa labor, tendrá que decir: «No puedo porque no puedo ejercitar la fuerza pública, el resultado de mi laudo es para que se ejercite la fuerza pública». Entonces entregará las partes pertinentes de los actuados, para que la parte vencedora inicie el proceso judicial.

Tampoco puede intervenir en la ejecución un árbitro o un tribunal arbitral en aquellos casos en los cuales se afecten intereses de terceros en la ejecución, pese a que no sea necesaria la fuerza pública, es decir, si es que interfiere o perjudica intereses de terceros que no son parte del convenio arbitral, evidentemente no podrá ejecutarlos, salvo que se encuentre en el supuesto del artículo 14 de la Ley de Arbitraje, que es el de las partes no signatarias.

Entonces, para centrar la idea, la competencia del árbitro liderada por el convenio arbitral. El convenio arbitral es la manifestación de las partes de todo aquello que quieren que el árbitro desarrolle dentro del

proceso arbitral para emitir un laudo y, en el caso de que se pueda dar, la ejecución del laudo.

Pero hay que ser bien claros en esto, en la redacción del convenio arbitral hay que tener mucho cuidado porque hay casos —yo los he visto en mi actividad profesional— de convenios arbitrales en los que la parte vencedora cree que dijo algo y, en realidad, la lectura no da una interpretación única, puede dar dos interpretaciones, la coma no se puso en el lugar que correspondía o no se puso una coma. ¿Hay o no hay convenio arbitral para ese caso? Para un caso concreto, de repente no hay o, incluso, para el tema de ejecución del laudo, estamos ante la posibilidad de que el árbitro ejecute el laudo o no. Entonces, la redacción del convenio arbitral tiene que ser muy clara y no debe abrir la posibilidad de interpretaciones disímiles, pues precisamente aquella parte que no quiere que se ejecute por el propio árbitro o que no quiere que la controversia sea resuelta por un tribunal arbitral, pese a que lo ha firmado, llegado el momento de la controversia, podrá decir: «La redacción no dice eso, este extremo no correspondía», y puede haber varios extremos en un mismo contrato.

Entonces —ya voy concluyendo—, hay varios aspectos en los cuales un árbitro podría ejecutar sin necesidad de ejercer la fuerza pública. Y ¿cuál es la intención de esto? ¿Cuál es la intención de reflexionar sobre este tema? Es que si nosotros nos ponemos a pensar y advertimos en qué momento es que el arbitraje en el Perú empezó a ser un instrumento efectivo muy utilizado por la sociedad, sobre todo por los sectores económicos, eso fue a partir de la década del noventa, con las normas que se dieron para regular el arbitraje a nivel legislativo; ya estaba en la Constitución, pero hasta antes de los noventa podemos contar con los dedos de la mano los arbitrajes que se daban por año. Entonces, es a partir de la década del noventa el momento en el cual se abre el mercado; la globalización, las transacciones económicas a grandes escalas, la celebración de tratados internacionales comerciales hicieron que el arbitraje adquiera una relevancia al nivel en el que se da en estos momentos.

Entonces, si nosotros queremos que las relaciones comerciales, que el tráfico comercial [...], evidentemente, en ese escenario, las controversias que se desarrollen y las respuestas jurídicas también deberían ser, de alguna manera, rápidas o, en todo caso, menos lentas. Y, si es que vamos a algún caso como proceso arbitral que se desarrolla de manera correcta, llega a emitirse un laudo, pero en la ejecución demora un año y medio, dos años o más —porque a veces la parte que ha sido vencida realiza mil y una formas para evitar la ejecución también judicial—, entonces precisamente no se habrá cumplido con la real dimensión de que el arbitraje no solamente otorgue una seguridad jurídica, un resultado adecuado, sino, sobre todo, que las partes, iniciando en realidad un proceso, ya sea en el Poder Judicial o un arbitraje, para que su controversia tenga una solución correcta, pero sobre todo para que esta solución se ejecute, y eso es, al final de cuentas, a lo que debe el arbitraje dar una respuesta de lo más efectiva, para que esto pueda mejorar con el tiempo.

Ya la institución arbitral es muy importante en sede nacional, pero ése es un aspecto que todavía hace falta mejorar un poco más. Eso es todo, muchas gracias.

Presentador: A continuación, el doctor Jorge Ruiz continuará con su presentación «La ejecución del laudo y su efectividad».

Jorge Abel Ruiz Bautista: Bien, ante todo, buenas tardes y agradecer la invitación a los organizadores. Para mí es muy grato estar al lado de grandes amigos y colegas, y conversar un poco de arbitraje, que es algo que nos apasiona; y, día a día, creo que apostar por mecanismos alternativos de solución de controversias más eficientes y más rápidos ha dado ya, en nuestro país, un porcentaje que es importante, más del 70% de arbitrajes se da en el marco de contratación pública y esto es lo que se ha venido llevando a cabo a lo largo de los más de 20 años de vigencia de la Ley de Contrataciones con el Estado.

Pero recordemos siempre que la Ley de Arbitraje, desde sus inicios, está pensada para arbitrajes comerciales y arbitrajes internacionales.

Ahora, he escuchado atento las exposiciones de los doctores y mis reflexiones van más orientadas a casos prácticos porque, si hablamos de ejecución de laudo, previamente hemos tenido que hablar de la negociación del convenio arbitral; sobre el proceso arbitral; las causales de los recursos de integración, de aclaración de laudo; de la exclusión; y, luego también, la anulación de laudo. Pero, bueno, estamos en ejecución de laudo.

¿Qué problemas encontramos? Porque la crítica es fuerte y el tema de fondo viene del lado de los árbitros, del lado del Poder Judicial y dejan un sinsabor al contratista, que apostó por el arbitraje porque quiere resolver su controversia en un año, que es el estándar de solución de controversias, con la emisión de un laudo (más o menos un año o un año y medio), a diferencia del Poder Judicial, que tranquilamente para que tengas una sentencia con calidad de cosa juzgada, tendrías que esperar unos seis o siete años, por lo menos.

Entonces, lo que uno quiere es resolver su conflicto y ejecutarlo de la manera más rápida y eficiente; pero, claro, cuando la parte pierde es donde realmente se conoce cuáles son sus verdaderas intenciones porque si a una de las partes se le condena, tienen un laudo donde se le ordena el pago de más de 18 millones de dólares, más los costos y los intereses. Efectivamente, lo que va a decir esta parte vencida es: «Doctor, ¿y ahora qué hacemos? ¿Cómo dilatamos esto?». Y uno va a decir: «Bueno, tenemos los recursos de integración, de exclusión, etcétera»; o «tenemos la anulación del laudo»; o, finalmente, «pueden pagar en partes». Y el gran pagador, pero el que más se demora es el Estado, el Estado por un tema de presupuesto porque, finalmente, los presupuestos no son para pagar los laudos.

Entonces, éstos son temas de fondo que habría que ver, como lo decía la doctora, cuándo empieza el problema.

Aquí hay un caso de arbitraje de inversión. Las partes son la empresa transnacional [...] versus Sunat. Este laudo nos va a servir para revisar la parte resolutive, que es donde a veces nos detenemos, reflexionamos y decimos: «Esto fue lo que pedí y esto fue lo que me dio el tribunal arbitral. ¿Está de acuerdo a mi petitorio? ¿Excedió? ¿Me dio la razón? No motivó bien [...]. ¿Es un laudo inejecutable?».

Entonces, quisiera que ustedes lean en el primer punto. ¿Qué es lo que dice? ¿Qué es lo que resuelve un tribunal internacional? «[...] la demandada pague a la demandante el monto de 18 000 millones de dólares, más los intereses simples, calculados sobre ese monto, a partir del 15 de junio del 2007, de acuerdo con la tasa de intereses reales establecida para dicho periodo por la Sunat, en materia de reintegro al contribuyente».

Pregunta, lo que nos van a decir en la ejecución del laudo —como bien lo ha señalado Omar, el laudo es título ejecutivo—. Yo voy donde un juez y le digo: «Me han dado papas, tú dame papas». Si me han dado 100, que me den 100, y no habría más razonamiento del juez que decirle: «Bueno, sí, páguenle 100» o, en este caso, páguenle los más de 18 millones de dólares, no habría ningún tema de controversia; pero lo que nos dice el Código Procesal Civil en el título único de ejecución de laudo es que ese título ejecutivo tiene que ser cierto, expreso y exigible.

En este caso práctico, el tribunal arbitral dice: «Págale más de 18 000 millones», pero dice: «Más los intereses simples». Y ¿eso dónde se calcula? ¿Dónde está el tema de liquidación del monto? ¿Cómo es que un juez diría: «Bueno, sí, efectivamente págale»? Esto lo dice el doctor Chang, un juez supremo de la Sala Comercial, que señala: «Yo, como juez, no voy a hacer la chamba de un tribunal arbitral porque el que debe liquidar, el que debe emitir un laudo arbitral cierto, expreso y

exigible es el tribunal arbitral, no es mi competencia, no es mi trabajo; mi trabajo como juez es ordenar la ejecución, pero si me traen un laudo que no es claro, entonces ¿cómo voy a ejecutar?». Y ahí empiezan las disyuntivas o las críticas de la parte académica o de los árbitros: «No, los jueces tienen la mentalidad cuadrada» o «los jueces son muy cerrados, no entienden del arbitraje».

De alguna manera, el arbitraje dista mucho de un proceso judicial y es porque tiene un principio de flexibilidad, los árbitros hablan un lenguaje no procesalista y hay que entenderlo; y es que, si partimos de un punto, o somos procesalistas o de mentalidad procesal y queremos llevar el arbitraje como un juicio, o decimos: «No, ésa no es la idea de un arbitraje».

El arbitraje nace con otra óptica y uno de los principios que rige el arbitraje es la flexibilidad. Entonces, si un tribunal internacional, como el que estamos viendo, indica eso: «Págale más de 18 000 millones de dólares, haz los cálculos de los intereses», claro, un juez tendría que decir: «Ya, ok, yo hago la liquidación conforme al laudo y listo, no tengo problema». Pero, si ejecutamos un laudo en el Perú, con las reglas procesales civiles que tenemos hoy en día, los jueces van a decir: «Ese laudo, en ese extremo de calcular intereses legales, es inejecutable, no sé cómo ejecutarlo». Y ¿qué vamos a hacer ahí? ¿Qué le vamos a decir al cliente? «Bueno, tenemos que iniciar otro arbitraje para liquidar ese laudo», o sea, podemos cobrarle los 18 000 millones de dólares, pero luego nos van a decir: «Vamos a iniciar otro arbitraje para que un nuevo tribunal arbitral liquide».

Entonces, viene una pregunta que señalaba la doctora, decía ¿en el petitorio que formuló el procurador —en este caso, el contratista— pidió bien? Porque hay casos, y les voy a comentar un caso que me tocó ver. Una de las partes pedía en su petitorio principal «que se declare que la parte demandante le debe una obligación de dar suma de dinero por 5 millones». Yo repito, petitorio principal, «que se declare». ¿Qué resolvió

el tribunal? Que se declara reconocimiento de pago, pero no ordenó el pago. Mi pregunta es ¿quién actuó mal? ¿Es culpa del tribunal arbitral o es culpa el que planteó la demanda?

Entonces, son temas que a veces no solamente escapan de la norma, que aquí podemos decir que es un tema de ejecución, y es un título y habría que analizar; pero, en este caso que estoy comentando, si uno pide mal, los árbitros no le van a hacer el trabajo a las partes y resolverles las tareas, sino que les van a dar lo que han pedido, al César lo que es del César y, a las partes, lo mismo.

Éste es otro caso, que está en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado. Es una controversia sobre temas de obras, entre [...] contra el Gobierno Regional de Piura.

Me gustaría que se concentren en la tercera parte de la resolución: «Declarar fundada la tercera pretensión de la demanda, contenida en el tercer punto controvertido del presente caso arbitral y, en consecuencia, establecer que corresponde declarar que procede reconocer y pagar —claro, en el caso anterior sólo se había pedido que reconozca, pero en este caso sí se pidió bien— 48 000 soles»; luego dice: «[...] establecer que corresponde reconocer pagar al contratista, la suma de 24 000 soles»; y también señala que se le paguen los intereses legales moratorios, pero no dice cómo se va a liquidar el tema de los famosos intereses y tenemos los mismos problemas.

Al final, lo que va a hacer la parte que ganó es decirle al juez: «Quiero que me liquides el laudo», y lo que le va a decir el juez es: «No es mi trabajo hacer la liquidación del laudo», pese a que el mismo laudo lo especifique, porque he visto laudos que señalan y lo dicen en el recurso de aclaración del laudo: «La liquidación del laudo se hará en su ejecución», entonces, el trabajo ya se lo está corriendo al fuero de un juez y, efectivamente, como están nuestras leyes, no podrían.

Éste es otro caso de laudo de derecho, controversia entre el Ministerio de Vivienda y Saneamiento con el Consorcio T & P Constructores. En la parte resolutive, declara fundada y, en consecuencia, ordena al consorcio que continúe con la ejecución de la obra. Entonces, le dice: «Tú continúas con la ejecución de la obra», ya le está dando una obligación de hacer.

Regresemos al Código Procesal Civil, el título ejecutivo tiene que ser cierto, expreso y exigible, ¿cómo es que el juez va a ordenar que la constructora regrese? Porque esa obra fue el año 2012 y la emisión del laudo, en el 2015, y le dice «Bueno, regresas a la ejecución de la obra».

Entonces, son laudos que, al final, como bien dijo el doctor Marco, van a ser laudos por los que uno pueda decir: «Sí, gané, me declaró fundado, lo tendré en un cuadrado en mi pared o como un trofeo», de nada sirven los trofeos si uno no los puede llevar y concretar en la realidad.

Éste es otro caso, entre el Seguro Social de Salud y [...]. La cuarta parte resolutive declara fundada la tercera pretensión de la demanda, disponiendo aplicar al contratista una penalidad por mora por la suma de 44 000 soles, o sea, solamente declaran que es aplicable al contratista la suma de 44 000 soles; pero no ordena el tribunal que se descuenta o se debite de la factura tal ese dinero.

Entonces, ¿cuál es el problema ahí? ¿Cómo fue en este caso el petitorio? Porque una cosa es que se declare que sí, efectivamente, corresponde aplicar una penalidad, y otra cosa es que se ejecute o se mande a descontar de tal factura o de tal liquidación del contrato dicho importe. Entonces, de nada sirve que me digan que corresponde la penalidad por 44 000 soles, si es que no voy a poder descontar. Entonces, nuevamente, en este caso se tendrá que iniciar un nuevo arbitraje para eso.

De esta manera, no es un tema sólo de ley, es un tema también de práctica de defensa en los litigios arbitrales.

Éste es el último caso, el demandante es Provías Descentralizado y el demandado es Consorcio San Miguel. Bueno, en este caso hay diferentes pretensiones, pero pasa lo mismo, se declara el reconocimiento de penalidades, también volvemos a tocar el tema de los intereses que no han sido liquidados, y a veces pasa por la dejadez de uno en las pretensiones, de no exigir que se liquiden esos intereses, los costos y las costas del proceso en las pretensiones de la demanda. Ahí también tendrían las pretensiones, para que las partes y los abogados, tanto la procuraduría como la defensa técnica que ejerza el contratista, materialicen y plasmen las demandas con pretensiones objetivas y que al final del día, al final de un laudo, se puedan ejecutar.

Entonces, esto es lo que señala el artículo en el capítulo de la parte de ejecución, los laudos efectivamente son considerados como títulos ejecutivos. Entonces, si uno ya ha ganado un laudo arbitral, la otra parte, el perdedor, por una teoría de incumplimiento, como decía el doctor Marco, va a decir: «Bueno, ¿cómo dilatamos esto?». Empezará con el recurso de integración, exclusión, aclaración, preparando la camita para luego iniciar una demanda por anulación de laudo.

Pregunta, ¿qué causal se invoca ahí? Puede ser defecto de motivación, ausencia de motivación, y esto no lo digo yo, lo dicen las estadísticas, que más son los literales b) y c), que son un cajón de sastre con el tema del debido proceso, motivación, y ahí es donde los jueces se ven en la disyuntiva: «Bueno, ¿hay ausencia de motivación?». Si hay ausencia de motivación, obviamente hay que tirarse abajo los laudos; pero entrar a un tema de valoración de pruebas, de fondo, ya eso está prohibido por la Ley de Arbitraje, entonces, no es saludable.

El abogado cambia cuando le toca ser la parte perdedora y es entonces cuando va a decir: «Ese tribunal está loco, no entiende, no ha entendido mi demanda, mis pretensiones». Pero la pregunta de fondo es ¿planteaste bien tu demanda? Porque si no planteaste bien tu demanda, como ya hemos visto en esos cinco casos —muchos de ellos de arbitraje

de inversión o de arbitraje de contratación pública—, en que han sido mal planteadas, a los jueces no hay que tildarlos de «hermanitos», no todos lo son; acá tenemos a un representante de la Sala Comercial, efectivamente hacen su trabajo, pero no pueden ir más allá de lo que las partes formulen, inclusive en las demandas de anulación de laudo. Entonces, un *mea culpa* tal vez, como abogado, si es que nos toca reconocer en algún momento algún error.

Y, finalmente, esto es verificado por un juez, lo que dicen los jueces hoy en día es: «Si tú quieres que yo entienda tu flexibilidad, tu nuevo lenguaje del arbitraje, que dista mucho de un proceso judicial, pensemos y conversemos acerca de que se debe modificar esta parte del Código Procesal Civil». Porque si seguimos pidiendo títulos ciertos, expresos y exigibles, y no les damos un marco de discrecionalidad a los jueces, por más que quieran y entiendan el caso, en una aclaración del laudo, por ejemplo, cuando se les dan las pautas para liquidar en la ejecución del laudo, si no les damos las herramientas legales, no lo van a hacer.

Y ¿cómo va a perjudicar esto a la otra parte? Va a tener que iniciar nuevamente un arbitraje y, luego, para liquidar exclusivamente el laudo arbitral, dos años más. Volvemos al arbitraje como una herramienta que ya no es eficiente, ya se vuelve un tema dilatorio y a veces que va a desincentivar al contratista, a los inversionistas, que van a decir: «¿Para qué me voy a ir a un arbitraje si al final me voy al Poder Judicial y es igual?». Al final se vuelve una ruleta rusa.

Ésas son mis reflexiones finales. Hay temas que no solamente pasan por modificaciones del Código Procesal Civil, sino también por cómo planteamos una demanda o cómo a veces el tribunal arbitral, por más que uno le diga: «Liquídame en el laudo los intereses, costos y costas», si somos claros en los petitorios, a veces tenemos laudos que dejan mucho que desear. Entonces, hay que ver diferentes aristas, diferentes ópticas que hemos tocado en estos cinco casos.

Les agradezco su atención y conmigo será hasta una siguiente oportunidad. Muchas gracias.

Presentador: Finalmente, el doctor Ralph Montoya concluirá la mesa 5, sobre la ejecución de laudo y su efectividad.

Ralph Montoya Vega: Buenas noches. En primer lugar, agradecer la invitación para participar conversando con otros profesionales en esta mesa tan importante de este Congreso Nacional de Contrataciones Estatales y Arbitraje.

Bueno, después de escuchar atentamente a mis colegas —me dejan al final, yo no sé qué podría alegar—, es alentador, porque si a todos los que estamos aquí presentes nos interesa el arbitraje, ya sea en materia comercial, civil o en contrataciones con el Estado, nos preparamos para acudir a los tribunales arbitrales y para exponer nuestra posición de fondo, ya sea en obras públicas o en contratos de servicios. Lo cierto es que no termina ahí, lo cierto es que, luego de un tiempo de proceso arbitral —que, como dicen los doctores, podría tomarnos uno, dos o tres años—, tenemos que continuar en el Poder Judicial, el cual todos a los que nos interesa el arbitraje de repente nunca quisimos pisar.

Ciertamente, la Ley de Arbitraje es una ley moderna que ya acaba de cumplir diez años, y que de alguna forma fue elaborada dejando un poco de lado las doctrinas principales del derecho procesal, buscando innovar para tener un mejor mecanismo de solución de controversias, tanto así que se incorporan las contrataciones públicas a través de este mecanismo y, finalmente, el resultado, como dijeron los doctores, no nos lleva a un buen recaudo.

Uno litiga en arbitraje en contratación pública asesorando a un contratista y espera que todo termine con el laudo, y no espera que tenga que tomarme cinco años más poder ejecutarlo. Eso generalmente

no lo cuentas al cliente o, si lo cuentas, dices: «Yo ya no encargo de la ejecución, solamente del arbitraje», pasa mucho.

La Ley de Arbitraje ha establecido dos mecanismos: el artículo 67, que habla sobre la ejecución de laudos arbitrales —ya lo han expuesto mis colegas— en la vía arbitral, lo que significa hacer una solicitud de parte al tribunal, que medie un acuerdo o que el reglamento de la institución arbitral al cual nos hemos sometido permita la posibilidad de ejecutarlo (el reglamento de la Cámara de Comercio, de la Católica, de Amcham); y la otra posibilidad es irnos al Poder Judicial, al cual tenemos que pedir la ejecución del laudo a través de la autoridad competente, ya sea el juzgado comercial o el juzgado civil, en caso de que lo tengan, al cual tenemos que llevarle nuestro laudo arbitral, el cual puede estar incompleto o inconcluso, y remitirle nuestras exclusiones, rectificaciones, interpretaciones, para que puedan entender de mejor forma lo que realmente buscaba el tribunal en su decisión.

Entonces, podemos centrarnos en cuáles serían las ventajas y las desventajas y cuál sería la más efectiva para poder lograr el resultado final después de un largo litigio.

Bueno, en el caso de irnos al arbitraje a ejecutar nuestro laudo arbitral a través del tribunal que emitió la decisión, tenemos que tener en cuenta que el tiempo es el recurso más importante. Irnos al arbitraje para ejecutar nuestro laudo implicaría que podamos tomar una decisión mucho más rápida; sin embargo, la praxis encuentra que normalmente las partes nunca median en determinar eso en sus convenios arbitrales, que realmente nunca piensan en cómo van a ejecutarlos, simplemente lo dejan en blanco [...].

Otro problema es lo que desarrollaban mis colegas, respecto a la falta de *coertio* de los tribunales arbitrales, esa situación que no permite al árbitro materializar su decisión final. Eso hace que, en principio, si tú le desarrollas a un cliente que, luego de iniciar tu ejecución, igual irás al

Poder Judicial para lograr el apoyo para ejecutar la decisión, el cliente o la persona que ganó el arbitraje diga: «Entonces, va a ser una práctica de tiempo adicional, ¿por qué no me voy de frente al Poder Judicial? Si, finalmente, el tribunal no va a poder hacer efectivo el laudo».

Por el otro lado, tenemos la decisión judicial de ejecutar el laudo, la decisión de irnos al camino judicial, en donde hay ciertos problemas, la cantidad de recursos que se podrían imponer hace que la posibilidad de ejecutar el laudo arbitral sea extremadamente vaga. He visto casos en donde han pasado más de cinco años y todavía no hay una sentencia, una decisión firme, un embargo por lo menos, para poder tener en materia mi resultado.

Entonces, para poder concluir cuál vía entendemos como la mejor para hacerlo, tendríamos que modificar un poco nuestra legislación. Definitivamente, nosotros, si no cumplimos una norma de tránsito, menos vamos a cumplir una decisión jurisdiccional, ya sea arbitral o judicial; entonces, si nos vamos a un arbitraje, donde finalmente la parte perdedora nunca va a poder cumplir, entonces tenemos que crear incentivos para hacer que las partes que decidieron firmar un convenio arbitral decidan también hacer efectiva la decisión del tribunal.

Hemos hablado aquí de que existen decisiones arbitrales que son imperfectas, y eso puede pasar porque el tribunal no revivió una formulación de pretensión adecuada. Aquí les puedo poner un caso donde se emite un laudo arbitral, un caso de contratación pública, y se le ordena a la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores el pago de una determinada cantidad de dinero y, luego de un cierto tiempo de proceso de ejecución, tenemos que se declara improcedente porque no se cumple el requisito de la liquidez del laudo arbitral, no establece el monto de los intereses, y declaran improcedente todo el requerimiento de pago. Entonces, una vez más, tiempo perdido y luego otro arbitraje, como dicen los doctores, para ejecutarlo.

Ahora, se puede dar también el caso en donde existen, a veces, dudas respecto a si las partes realmente acordaron ir a una ejecución arbitral, tenemos que el requisito es que haya acuerdo entre las partes. Hace poco vi un caso en donde en el acta de instalación de un tribunal se establece lo siguiente: «La ejecución del laudo arbitral se hará en aplicación de los artículos 67 y 68 del Reglamento», el arbitraje se desarrolla con normalidad, se emite un laudo y de pronto llega un requerimiento de la parte vencedora, donde le requiere al tribunal ejecutar, ya que se mencionaba en el acta de instalación —no en el convenio arbitral— que la ejecución puede ser a partir del artículo 67. ¿Ustedes considerarían que existe un acuerdo de las partes para ejecutar el laudo arbitral con la sola mención del artículo 67? Yo creo que no, la conclusión sería que es necesario un acuerdo explícito. Eso generó una serie de actuaciones arbitrales luego de emitir el laudo, solamente para determinar si el tribunal era o no competente para ejecutar el laudo.

Entonces, el buen diseño de un convenio arbitral y el buen diseño de una ley de arbitraje, por demás moderna, que podría ser modificada con base en la praxis de los problemas que tenemos para ejecutar los laudos, podría mejorar y, así, lograr que las personas que se someten al arbitraje para solucionar sus conflictos tengan, finalmente, el resultado que esperan después de un tiempo.

Otro caso que me tocó ver es que, como todos sabemos aquí, el recurso de anulación contra el laudo arbitral no suspende los efectos de la ejecución, siempre y cuando medie una garantía, si es que a parte [...] una garantía, eso podría suspender los efectos de la ejecución del laudo.

Sin embargo, en un juzgado en provincia se dio el caso de que dentro de los requisitos que requería el juzgado para ejecutar esta decisión arbitral, requería la resolución de consentimiento del laudo arbitral del tribunal. Entonces, la parte interesada en lograr la ejecución retorna al tribunal y le pide: «Por favor, emítanme una resolución de consentimiento», el tribunal automáticamente lo que hace es correrle traslado

a la otra parte y decirle: «Por si acaso, me está pidiendo esto, ¿tú qué opinas?». «Bueno, tribunal, acabo de interponer un recurso de anulación en contra, así que no va a quedar consentido el laudo». Entonces, el tribunal lo que hace, como parte de su miedo, es lo que sucede muy comúnmente en la práctica, dice: «No ha quedado firme mi decisión arbitral, así que no te emito ninguna resolución». Así que indirectamente mi laudo arbitral no ha quedado consentido y, por ende, no lo puedo ejecutar, a pesar de que el recurso de anulación no afecta, no hay garantía; pero el juzgado al cual yo acudo para su ejecución no lo ve de esa manera.

Entonces, la reflexión de la mesa el día de hoy es que la norma, por demás moderna, por demás innovadora y que no ha sido modificada en muchos extremos porque nuestra práctica arbitral así lo ameritó, debe pensar un poco en la praxis de lo que está sucediendo en la mayoría de arbitrajes en el país. Nosotros no estamos logrando que la persona que gasta en ir a un arbitraje, que invierte pagando honorarios arbitrales —que a veces son bastante exagerados—, luego de años de litigio, obtenga su resultado. Esto es desalentador, porque si nosotros hemos creado un mecanismo para ahorrarnos el proceso de conocimiento, pero al final nos va a tomar otros siete años para ejecutar la sentencia, mejor me voy al Poder Judicial que, incluso, es más barato.

Entonces, yo creo que deberíamos reflexionar sobre eso, tratar de buscar mecanismos para que no se aplique la teoría del incumplimiento y que existan incentivos para que los litigantes y las partes [no incumplan los laudos], puede ser de pronto una multa, una penalidad, en el caso de incumplimiento de un laudo, ya que si nos estamos sometiendo a un arbitraje, nos estamos sometiendo a la decisión. Yo creo que en eso tenemos que enfocarnos, en que la modificación normativa esté orientada a buscar incentivos para que no se incumplan los laudos y no tengamos que ir al Poder Judicial, porque ir al Poder Judicial implica tiempo y lo que queremos es ir a un arbitraje para ahorrar tiempo. Entonces, busquemos mecanismos para no tener que ir a ejecutar [...].

Muchas gracias.

Presentador: Agradecemos la participación de los doctores Marco Silva Santisteban, Giuseppe Vera, Jorge Ruiz y Ralph Montoya; y, a continuación, a nombre del Instituto Peruano de Derecho Civil y del Instituto de Investigación Jurídica, les otorgaremos los siguientes certificados.

VII. MESA 6: RECURSOS CONTRA EL LAUDO Y LA ANULACIÓN

*Héctor Inga Aliaga*¹
*Henry Huanco Piscoche*²
*Esteban Alva Navarro*³

Héctor Inga Aliaga: Buenas noches. Ante todo, agradecer al Instituto Peruano de Derecho Civil por la invitación al evento, a este congreso de Contrataciones Estatales y Arbitraje; y, es un gusto compartir la mesa con mis amigos ponentes, con los que ya he tenido el gusto de coincidir en otros eventos.

¹ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres; máster en contratación pública por la Universidad de Castilla-La Mancha; con diplomado internacional de arbitraje por la Universidad de Alcalá, España; con posgrado en gobernabilidad, gerencia pública y gestión pública por *The George Washington University*; especialista en contrataciones del Estado por la Pontificia Universidad Católica del Perú; especialista en compras públicas sostenibles por la Red Interamericana de Compras Gubernamentales de la Organización de Estados Americanos (OEA); Programa de Procedimiento y Ejecución de Obras Públicas de la Universidad de Lima.

² Abogado graduado en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, máster en asesoría inmobiliaria en la Facultad de Economía y Empresa de la Universidad de Barcelona. Asimismo, cuenta con un diploma de posgrado en derecho de inversiones por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y con estudios en el programa de segunda especialidad en derecho registral por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

³ Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con maestría en derecho civil y comercial por la misma casa de estudios; autor del libro *La anulación del laudo*, ha actuado como abogado del Estado en diversos procesos arbitrales y, actualmente, es juez especializado.

El tema que me toca abordar, es «Los recursos contra el laudo arbitral». He preparado unas diapositivas para poder hacerlo más didáctico.

Si nosotros revisamos, antes de entrar a lo que son los recursos contra el laudo, si nosotros pensamos en qué cosa es el laudo, nosotros revisamos la Ley de Arbitraje y no hay ninguna definición respecto a qué es el laudo arbitral, simplemente se dice que el laudo es definitivo e inapelable y de obligatorio cumplimiento para las partes, pero no nos dice qué cosa es el laudo. Entonces, tenemos que ir a lo que dice la doctrina respecto a lo que es el laudo arbitral.

Pero, el laudo arbitral tiene efectos. El laudo arbitral tiene un efecto sustantivo y tiene un efecto formal. Uno, ¿por qué sustantivo? Porque va a poner fin al conflicto. Con el laudo arbitral se va a resolver la controversia; la disputa; ése es el efecto sustantivo; y, el efecto formal. Podríamos decir que el laudo arbitral es el último acto procesal, ¿correcto? Es el último acto procesal; ojo, esto como una regla general.

Entonces, enfocándonos un poco y teniendo la idea de que el laudo arbitral es definitivo, inapelable y tiene los efectos tanto formales como materiales. Ojo, una pequeña observación. Cuando nosotros no estamos de acuerdo con la decisión del tribunal, ¿qué acciones podemos tomar? Si vemos en el cuadro, esto es más o menos la actuación arbitral en un arbitraje *ad-hoc*, tanto en los arbitrajes en contratación pública, como en los arbitrajes comerciales.

Pero, lo que hay que tener en cuenta es que, los recursos contra el laudo se originan una vez culminado el arbitraje, ¿correcto? Una vez que el arbitraje termina, entonces, ahí recién tengo este mecanismo; este control posterior, para poder irme por los recursos; dos tipos de recursos: recursos no impugnativos y recursos impugnativos.

¿Qué entendemos por los recursos impugnativos? Propiamente, el recurso de apelación del laudo, ¿correcto? Y, los recursos no impugnativos

son: la rectificación, la interpretación, la integración y la exclusión. Este caso va a hablar sobre los recursos no impugnativos. Sobre estos cuatro hay una característica; los cuatro pueden ser presentados por cualquiera de las partes que no estén de acuerdo con ciertas circunstancias que van a pasar, una vez emitido este laudo. La exclusión es una prerrogativa solamente de las partes. ¿Por qué? Porque como vamos a ver más adelante, la rectificación, la interpretación y la integración, pueden ser resueltos por el propio tribunal de oficio.

Entonces, vamos con la rectificación. ¿Qué cosa es la rectificación? Y esto es muy importante aclarar, como dice el cuadro. Lo que se hace con la rectificación, es corregir errores tipográficos, errores de cálculo. Si, por ejemplo, en un laudo arbitral estamos hablando de que una de las partes es Héctor Inga Aliaga, y en algún momento, me cambian el apellido —a veces sucede—, entonces, solicitaré la rectificación de mi nombre. No afecta el laudo; no afecta la decisión; no afecta el contenido esencial del laudo. Lo que sucede en muchos casos, es que de manera suspicaz, alguna de las partes, pide que el tribunal se rectifique en su decisión; entonces, eso ya no es una rectificación en sí, eso es considerado en doctrina como una apelación encubierta; es decir, yo no puedo pedirle al tribunal: «Oiga tribunal, reevalúa los hechos y las pruebas, y rectifica tu decisión». Ése no es el sentido de la rectificación; la rectificación tiene como sentido esencial, rectificar temas netamente formales, ¿correcto?

Con respecto a la interpretación, la anterior Ley de Arbitraje no hablaba de la interpretación, sino hablaba de la aclaración, y ¿qué se entiende por aclaración? Es, simplemente, cuando al tribunal no se le entiende en el contenido del laudo, no ha habido una definición clara, o no se le entiende, y como producto de eso, ese laudo no se puede ejecutar.

Por ejemplo, si en este proceso arbitral se tiene como pretensiones el pago más intereses, y yo en la parte resolutive del laudo me pronuncio

solamente sobre el pago, y no hablo de los intereses, entonces, tendré que decirle al tribunal: «Oye tribunal, en la parte considerativa del laudo me has hablado del pago de los intereses; pero, al momento de resolver, en la parte decisoria, solamente me hablas del pago; ¿dónde están los intereses? Aclara, está ambiguo», porque así yo no puedo ejecutar, ¿no cierto? Entonces, se pide para que se pueda ejecutar correctamente el laudo arbitral. O, por ejemplo, señalo los intereses, pero no señalo qué tipo de intereses, si son moratorios, si son compensatorios; si, por ejemplo, digo qué tipo de intereses, pero no señalo a partir de cuándo se van a tomar en cuenta esos intereses. Entonces, se trata de cuestiones que a veces el tribunal no trata en la parte final del laudo y hay que pedirle una aclaración o una interpretación. Lo que no podemos pedirle al tribunal, es «Tribunal, si tú hubieras interpretado de esta forma, tu decisión hubiera sido distinta y me hubieras dado la razón», eso no es interpretación como recurso del laudo, el recurso del laudo, simplemente, es, nuevamente, para poder aclarar algún extremo del laudo, mas no puedo yo solicitar al tribunal que, a través de esta interpretación, cambie su decisión; y, por lo tanto, me dé la razón.

Ésos son claros ejemplos de las malas prácticas que hay, porque, aunque no lo crean, la norma es clara; lo que sucede muchas veces, es que, al momento de presentar los escritos, hay mucha gente conocida que entiendo que en la praxis sucede todo lo contrario, a veces interponen rectificaciones cuando son apelaciones encubiertas o solicitan una interpretación respecto al razonamiento que ha efectuado el tribunal, y ése no es el sentido de estos mecanismos.

En el caso de la integración, quiero poner el ejemplo nuevamente del pago y los intereses. ¿Qué se entiende por integración? En todo el laudo me hablan de que las controversias son pago e intereses; pero, en la parte resolutive del laudo, solamente se resuelve sobre el pago, «Oiga tribunal, ¿dónde están los intereses? Si has hablado en todo el laudo sobre el pago de intereses [...]». Entonces, como dice, en la integración se trata de cuestiones dejadas de resolver, «No lo señalaste, te olvidaste;

integra». ¿Por qué? Porque las pretensiones son las dos, «Oye, pero está bien, también te estoy dando los intereses». «Ok, pero dime, exprésalo en la parte resolutive». Eso tiene como sentido, entonces, la integración.

La exclusión, vamos nuevamente con el ejemplo del pago más intereses, que creo que es un ejemplo didáctico. La pretensión era, simplemente, pago y el tribunal resolvió sobre pago más intereses; era bueno el tribunal, buena gente. Entonces, evidentemente, la parte demandante se va a quedar callada, ¿no? No va a decir nada; pero, ¿qué va a hacer el demandado? Va a pedir al tribunal: «Oiga, excluya esto, porque esto es una decisión *ultra petita* o *extra petita*, porque no te lo pidieron».

Entonces, éstos son los mecanismos y, como les dije comenzando la exposición, aquí el tribunal no puede decir «¡Uy!, me di cuenta, ya, hay que excluir», no, ¿por qué?, muy simple, me estoy equivocando, yo me equivoqué o, más allá, dentro de su razonamiento puede, de repente, afectar en algún grado la motivación del laudo.

Bueno, ¿cuál es el mecanismo, digamos, procedimental? Las partes tienen quince días para interponer estos cuatro, la rectificación, la interpretación, la integración y la exclusión. Como dije, la exclusión es una prerrogativa que solamente le corresponde a las partes, no al tribunal. Tienen quince días una vez notificado el laudo, para interponer los recursos; a la otra parte; se le corre traslado para que en esos quince días pueda absolver o no este mecanismo. Y el tribunal tiene quince días para resolver, más quince días [...], para que pueda pronunciarse.

Estos recursos, al final, integran el laudo, integran, tanto la exclusión, la rectificación, la interpretación, forman parte del laudo; y, ¿qué sucede si es que el tribunal no se pronuncia? Se considera denegado. Ojo, ¿qué sucede literalmente si es que el tribunal no se pronuncia? Simplemente, no pasa nada, te está diciendo que está rechazando, [...]. «Oiga, si el tribunal no contesta, te está negando el pedido de rectificación, de interpretación, de exclusión».

Ahora, ya yendo un poco al ámbito de las contrataciones, porque esto es hasta ahora arbitraje comercial, tanto los laudos y las integraciones tienen que ser comunicadas a través del Seace. Ojo, este mecanismo ha sido a partir del 20 de septiembre de 2002, en adelante y eso no se ha cambiado y no se va a cambiar, ¿OK?

¿Qué es lo que ha cambiado, entonces? Ya que estamos con los nuevos cambios normativos. Con la Ley n.º 29873, el laudo y las integraciones se notifican a través del Seace, en forma física y a través del Seace, siendo válido [...]. OK, eso lo ha dicho la Ley n.º 29873. Vino la Ley n.º 30225, se mantiene igual, cambió el tema de que ya no va a ser, si no notificas, el tema de la anulación [...], sacaron eso, pero pusieron: «Oye, si no notificas el laudo ni los recursos a través del Seace, no es eficaz», OK.

Viene el Decreto Legislativo n.º 1341, se mantiene igual, personal y a través del Seace [...]. El Decreto Legislativo n.º 1444 ya sacó el personal, ya no hay notificaciones personales, a partir de la fecha de vigencia, cuando entre en vigencia, todavía no está vigente, sólo van a ser válidas las notificaciones efectuadas a través del Seace. Ése es el nuevo cambio normativo que ha traído el Decreto Legislativo n.º 1444. ¿Por qué? Porque, ¿qué sucedía muchas veces? En la praxis sucede que el tribunal no logra notificar y a veces lo reciben físicamente, entonces, hay problemas con el físico. Lo que se quiere es modificar las contrataciones, ésa es la orientación del legislador y que todas las notificaciones sean a través de este mecanismo, que es el Seace.

Bueno, muchas gracias. Le dejo la palabra a Henry.

Henry Huanco Piscoche: Muy buenas noches. Quisiera agradecer al Instituto Peruano de Derecho Civil por la organización de este evento y por la invitación, y a ustedes por su presencia, y es doble mérito porque es un viernes en la noche, es un poco complicado.

Eso evidencia que ustedes tienen mucho interés en el arbitraje, así es que el propósito es brindarles algunos casos que he visto en mi experiencia profesional, polémicos, y es lo que hace interesante nuestra carrera de derecho, para que juntos podamos analizar estos casos que les voy a presentar.

Básicamente, son cuatro los temas sobre los cuales va a versar mi exposición. El primero se refiere al recurso de interpretación y al recurso de anulación, específicamente al plazo para interponer el recurso de anulación. El segundo tema está referido, más bien, a una de las causales poco frecuentes del recurso de anulación, que se refiere a cuando el laudo es emitido fuera del plazo establecido en el convenio arbitral o en el reglamento aplicable. El tercer punto es la revisión de un artículo de la Ley de Arbitraje, que no es muy conocido, pero que tiene efectos nocivos, como vamos a ver. Y, el cuarto y último tema, se refiere a la posibilidad de renunciar a presentar un recurso de anulación.

Muy bien, entonces, vamos a comenzar. El primer punto está referido al plazo del recurso de anulación; y, para esto, voy a remitirme a algo que ha dicho el doctor Héctor Inga, referente al esquema que él ha propuesto, efectivamente; pero, antes, quería saber, ¿pueden levantar la mano en el público quiénes son estudiantes de derecho y no abogados?

Bien, entonces, el resto entiendo que son abogados y ya conocen esos plazos y los términos técnicos. En general, cuando se emite el laudo, la ley establece que tienen veinte días para presentar el recurso de anulación. Ése es el primer supuesto; sin embargo, la misma ley establece que si es que contra el laudo, se presenta alguno de los recursos que ha expuesto el doctor Inga; recurso de exclusión. Aclaración: en este caso se tiene que esperar un plazo para que este recurso sea resuelto por el tribunal arbitral. Una vez que este recurso es resuelto, recién comienzan a correr los veinte días para presentar el recurso de anulación.

Entonces, este plazo comienza a contabilizarse dependiendo del supuesto en el que nos encontremos. Si es que contra el laudo no se presenta ninguno de estos recursos, no impugnativos como ya se ha explicado, tendré veinte días para interponer el recurso de anulación; por el contrario, si es que sí se presenta, tendrá que esperarse a que estos recursos sean resueltos; y, una vez que sean resueltos, pueden ver ustedes que a partir de la resolución, comienzan a correr los veinte días para presentar el recurso de anulación.

En un caso, la entidad presentó el recurso de anulación antes de que el contratista presente el recurso de interpretación; o sea, estábamos en este supuesto; pero, la entidad todavía no tenía conocimiento de la presentación del recurso de interpretación, y presentó el recurso de anulación, como dice la norma, dentro de los veinte días luego de notificado el laudo, presentó el recurso de anulación; y, posteriormente, le notifican el recurso de interpretación.

Entonces, hay una primera pregunta, ¿ese recurso de anulación debería ser declarado procedente o no?, hay una primera interpretación porque, efectivamente, en este caso es necesario que se emita la resolución y, luego de ese plazo, se presente el recurso de anulación. La entidad se adelantó, no esperó a que venza el plazo para presentar el recurso de interpretación y menos que éste sea resuelto, sino que al décimo día presentó su recurso de anulación. Ésa es una interpretación, es decir, que, efectivamente, debería declararse improcedente. ¿Por qué? Porque fue presentado fuera del plazo; sin embargo, adviertan ustedes que, en este caso, el recurso de anulación es un proceso judicial; ese recurso de anulación se resuelve en la vía judicial; y, en consecuencia, podría aplicarse alguno de los principios del derecho procesal como, por ejemplo, el principio *Pro Actione*, que dice que las normas deben interpretarse a favor de la persona que pide acceso a la justicia, que pide tutela jurisdiccional, como en este caso, la persona afectada, en este caso, la entidad afectada por ese laudo, presenta el recurso de anulación, y una interpretación bajo este principio diría que se tiene que admitir ese recurso,

llamado «recurso» porque técnicamente es una demanda de anulación, se tiene que admitir. Bajo este principio, deberíamos procurar que se apliquen las normas en favor del sujeto tutelado por la norma, las personas que presentan el recurso de anulación.

Ése es el primer argumento; y, el segundo argumento, es que en realidad no es que haya vencido el plazo, porque no es que presentó veinte días después, sino más bien, al contrario, se adelantó. Distinto sería el caso en el que presentó el día 21. Ya presentó fuera del plazo, ahí no hay nada que decir; pero, en este caso, al contrario, fue demasiado diligente; de repente lo hizo antes, incluso, de que empiecen a correr los veinte días, por desconocimiento porque pensaban que no iba a presentarse el recurso de interpretación. Entonces, se podría decir que en ese caso no debería declararse improcedente porque no es que haya presentado después, sino que se adelantó, es una interpretación.

En mi opinión, siguiendo este gráfico, en realidad, presentaron antes porque el plazo es dentro de estos veinte días, fuera es tanto después como antes; es fuera. Entonces, debería, en mi opinión, declararse improcedente; sin embargo, la Corte Superior, la primera Sala, no lo declaró improcedente, lo admitió.

Ése es el primer punto, este caso recayó en el Expediente n.º 556-2017, de la Primera Sala Comercial, primer supuesto.

Segundo supuesto. En este caso se había emitido el laudo fuera del plazo que el mismo árbitro había dispuesto para hacerlo, es decir, en el acta de instalación se había establecido que el árbitro tenía un plazo de treinta días para emitir el laudo, plazo que podía ser prorrogado por treinta días más, como es usual. ¿Qué sucedió en este caso? Comenzaron a correr los primeros treinta días y faltando pocos días para que venzan esos primeros treinta días, el árbitro emitió una resolución extendiendo el plazo para laudar en ocho días; en ocho no, en treinta, notificó esta resolución y, cuando ya había vencido el plazo el día ocho, la entidad

presenta un escrito al tribunal arbitral informando que ese laudo arbitral va a ser nulo porque se va a emitir fuera del plazo. Inmediatamente, el tribunal arbitral emitió una resolución informando que se trataba de un error material, que, en realidad, no quiso decir ocho sino treinta, dijo que fue un error material; sin embargo, la entidad insistía diciendo que eso no fue un error material, un error material hubiera sido poner tres en vez de treinta, de repente, pero poner ocho días a treinta días, en verdad, sería poco creíble que se trate de un error material, de repente, se equivocó, pero tendría que asumir el error, el árbitro.

Entonces, al final terminó el proceso arbitral, se emitió el laudo y la entidad presentó un recurso de anulación, la causal justamente fue ésta, prevista en el artículo 63, numeral 1, literal g), la emisión del laudo fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

En este caso, el convenio arbitral no establecía el plazo, sino que éste se había establecido en el acta de instalación, como se los he dicho, el plazo de treinta que podía ser prorrogado por treinta días más; sin embargo, se puede interpretar esa cláusula porque el argumento de la entidad era que el tribunal arbitral podía extender esos primeros treinta días hasta por treinta más, que es un «plazo hasta», no quiere decir que sean necesariamente treinta y, si dijo ocho, él consideraba oportuno que eran suficientes ocho días más y no treinta; y, si dijo ocho, eso se condice con el plazo que dice «hasta treinta», ocho está dentro de «hasta treinta».

Entonces, según la entidad, no había ningún error de interpretación. El argumento de la otra parte, más bien, era que, en realidad, el árbitro tiene la facultad de poder extenderlo, de prorrogar los plazos; y, en realidad, el argumento, principalmente, era que insistían en que se trataba de un error material. Al final, la Primera Sala Comercial resolvió que, efectivamente, se trataba de un error material. El caso es discutible, pero al final resolvió así y no declaró nulo el laudo arbitral, lo declaró válido.

En tercer lugar, existe esta norma. Nosotros tenemos el concepto del recurso de anulación como un recurso excepcional para el que solamente existen ciertas causales taxativas, por las cuales podemos pedir la anulación de un lado arbitral. Hasta ahí está bien y es correcto porque, desde el inicio, siempre hubo una discusión acerca de si era necesario o era conveniente que el Poder Judicial pueda [...].

Al final, se optó por que sí lo puede hacer, vía el recurso de anulación, pero sólo por causales taxativas establecidas legalmente, no por otras causales, para evitar que el Poder Judicial pueda revisar, que sea como una segunda instancia, ése era el objetivo.

Sin embargo, tenemos esta décimo segunda disposición complementaria de la Ley de Arbitraje, que tiene un texto muy amplio, me parece. Vamos a leerla, dice: «Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional».

Este artículo se refiere al caso en que no es viable o procedente presentar las acciones constitucionales, te dice: «No es procedente presentar las acciones constitucionales, los procesos constitucionales, cuando hay otro recurso que pueda hacer valer un derecho fundamental vulnerado».

Entonces, esta disposición décimo segunda establece esto: «se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo».

Entonces, con esto, esa intención inicial de poner solamente causales taxativas, con eso estamos abriendo una puerta, me parece, más amplia, porque dice que con el recurso de anulación, se puede proteger cualquier derecho constitucional. ¿Qué derecho constitucional dirían ustedes? ¿Qué derecho constitucional? Los derechos, de repente, de la personalidad, derechos de la libertad, no sé, al nombre, todos los derechos que están reconocidos en la Constitución, que son muchos.

Entonces, alguien podría alegar que le han vulnerado un derecho constitucional equis y va y presenta un recurso de anulación. Imagínense lo nocivos que podrían ser los efectos de esta norma.

Y, para terminar, quisiera plantear esta reflexión, si sería válido, si sería conveniente, permitir a las partes que ellas puedan renunciar a interponer un recurso de anulación.

Ustedes saben que la materia arbitral se sustenta en la autonomía privada. Ustedes saben que el arbitraje, a diferencia del proceso judicial, es flexible, las partes diseñan las reglas del proceso arbitral, pueden diseñar todo, en realidad, las partes pueden diseñar cuánto va a durar el arbitraje, quiénes van a ser los árbitros, quiénes van a ser los que resuelvan su conflicto, van a poder establecer los plazos, cuántas audiencias puede haber, los plazos para presentar la demanda; la contestación.

En realidad, la regla en el arbitraje es la flexibilidad y que las partes puedan diseñar su proceso arbitral. Dentro de esa regla, ¿también debería permitirse a las partes el renunciar a presentar un recurso de anulación?; ¿la autonomía privada nos permitiría también que ese pacto sea válido? Repito, estamos hablando de que las partes acuerdan libremente, nadie los está obligando, no están coaccionados; nada, ambas han dicho: «Nos sometemos a arbitraje, termina el arbitraje y lo que resuelva el árbitro es la decisión final, ninguno de los dos podrá presentar un recurso de anulación, ninguno, nos obligamos a no hacerlo».

¿Qué creen ustedes? ¿Debería permitirse ese pacto? De repente se hace más eficiente el arbitraje también, ¿no? Porque en la práctica, dependiendo de la sala, hay salas que tienen mayor tendencia a anular. Estadísticamente está comprobado, y de repente con eso el arbitraje sería una forma efectiva; eficiente de resolver una controversia para no tener que ir al recurso de anulación, que es un proceso judicial, que es justamente por lo que las partes han querido evitar pactando el arbitraje, no querían ir al Poder Judicial, por eso pactan un convenio arbitral,

pero al final van a tener que ir al Poder Judicial cuando no querían ir desde el inicio.

Entonces, ¿deberían las partes tener ese poder y permitírseles a ambas, si ambas así lo quieren, no ejercer el recurso de anulación?, o ¿creen ustedes que las partes estarían excediendo su libertad contractual?

Pregunta del público: ¿En los contratos por adhesión o aquéllos celebrados con cláusulas generales, no podría tratarse de una cláusula vejatoria?

Henry Huanco Piscoche: En el texto original del Código Civil, en el artículo 1398, que justamente establece las cláusulas [...], inicialmente estaba el convenio arbitral, se consideraba como una cláusula vejatoria; sin embargo, ese numeral fue derogado, entonces, ya no es considerado una cláusula vejatoria.

Pregunta del público: Sin embargo, ¿no cree usted, saliendo un poco del tema de repente, que las causales del 1398 no deberían interpretarse de forma taxativa, por lo tanto, también debería contemplar esta causal, aunque no esté?

Henry Huanco Piscoche: Ya, es una buena pregunta. En mi opinión, yo interpreto el 1398 como un *numerus apertus*, el 1398 se refiere a los contratos celebrados con cláusulas generales de contratación; por ejemplo, cuando compras un seguro, ¿qué hace Rímac o Pacífico?, nos dan un formulario y nosotros, simplemente, firmamos. «Firme acá, firme acá», y son cláusulas generales hechas por una de las partes. En ese caso, puede ser que, dentro de esas cláusulas esté el convenio arbitral y puede ser que yo no quiera ir a arbitraje; pero, imagínense ustedes, cuando van a negociar con Rímac y ustedes dicen: «Yo no quiero esta cláusula». ¿Qué les van a decir? «Es todo o nada, sino vaya a otro seguro; a Pacífico, y ahí contrate».

Entonces, inicialmente sí, el Código Civil decía que un convenio arbitral incluido en esas cláusulas generales, se podía denunciar como vejatorio; hoy no, claramente con la intención de promover el arbitraje y de permitir la inclusión de convenios arbitrales en ese tipo de contratación. Yo creo igual que si podrías acreditar que es abusivo, igual podrías solicitar la declaración de ineficacia, pero es un poco difícil, sobre todo, considerando que antes estuvo y ahora no está. Claramente, la intención es que no esté, ya no está como cláusula vejatoria.

Entonces, yo creo que es un tema polémico; pero, si regresamos a los inicios del arbitraje, ¿cómo nació el arbitraje? Cuando dos personas simplemente decidían que una tercera sea quien resuelva sus controversias, los comerciantes, así nació el arbitraje, y ambas personas respetaban lo que ese tercero decidía, no había cuestionamiento, no había recurso de anulación, nada, ahí se entendía que no era jurisdicción.

Entonces, ahí no se aplicaban temas de debido proceso, nada; y, en la práctica, funcionaba mucho el arbitraje, las personas que se comprometían a respetar lo que ese tercero iba a decidir, lo cumplían. Creo que más bien hoy, la regla es inversa, en mi experiencia arbitral han sido poquísimos los casos en los cuales la persona que perdió el arbitraje ha cumplido voluntariamente con el laudo, generalmente siempre van a un proceso de ejecución judicial y también muchas veces a un recurso de anulación, en el afán de dilatar más el proceso.

Bueno, no quisiera dilatar más mi exposición, entonces, les dejo ahí las preguntas para que ustedes las reflexionen y les agradezco mucho por su atención.

Muchas gracias.

Presentador: Agradecemos la intervención del doctor Henry Huanco. A continuación, el doctor Esteban Alva Navarro finalizará el tema de la sexta mesa, «Recursos contra el laudo y la anulación».

Esteban Alva Navarro: Buenas noches. Antes que nada, agradecer a los organizadores por la invitación. Bueno, con Héctor y con Henry, por esas cosas del destino, coincidimos en las mesas y, por esas cosas del destino, también nunca discutimos. Así que creo que ya les voy a jalar la lengua hoy día, por lo menos a Henry, y yo creo que vamos a poder discutir un poco más, así que como somos tres, creo que a lo mejor si nos dejan unos minutitos, podremos intercambiar ideas.

Entonces, paso muy rápido a lo que quería hablar, lo voy a pasar casi a la volada. Bien, en relación a las modificaciones a la Ley de Contrataciones, en lo referido al recurso de anulación, sólo dos observaciones, que son bastante interesantes.

Lo que más me interesa es el asunto de los adicionales y esas cosas; pero, lejos de eso, el artículo 45.23. Éste es un artículo muy interesante, ¿qué es lo que dice? «Las entidades sólo pueden iniciar la acción judicial de anulación de laudo». ¿Por qué tenían que poner «acción judicial»? Ahí vamos jalando un poco la lengua de la mesa porque hay un debate, pues, acerca de si es una pretensión autónoma, si es una acción judicial o si es un recurso derivado del arbitraje. Entonces, bueno, por ejemplo, en España, incluso, se cambió la Ley de Arbitraje y ahora se habla de una «demanda de anulación de laudo arbitral»; y, en realidad, hay algunas opiniones. Se dice, por ejemplo, «¿cómo así un laudo que lo dicta un tribunal arbitral o el proceso arbitral, va a continuar ante un órgano que es absolutamente distinto, como es un tribunal judicial; como es el Poder Judicial? ¿Cómo así?

Y yo creo que, del mismo modo, como un proceso constitucional inicia ante el Poder Judicial y termina ante el Tribunal Constitucional, y no es el único ejemplo, podríamos remontarnos a otro tipo de ejemplos en donde en algún momento un proceso iniciado ante un órgano [...] a otro órgano distinto, y acá la peculiaridad es que, si decimos que es un proceso autónomo, que es un proceso independiente del arbitraje, tendríamos un gran problema. ¿Por qué? Porque sabemos que no es

segunda instancia el proceso del recurso de anulación y eso no es válido para nuestro ordenamiento, porque nuestra Constitución garantiza que todo proceso debe tener, por lo menos, dos instancias.

Entonces, tendríamos que ser consecuentes, si es una demanda de anulación de laudo, debería tener la posibilidad de que el que pierde en ese proceso autónomo, vaya a apelación, porque si no, ése sería, hasta donde mi mente da, el único proceso en nuestro ordenamiento que tendría sólo una instancia; y, por tanto, sería inconstitucional.

Entonces, por ahí hay algunas cosas que debatir, por ahí debe haber otras cosas, ahora nos agarramos a cabezazos. Yo creo que nos van a dar unos minutos; pero, bueno, eso es solamente comenzando, acá viene lo interesante —previa autorización—. O sea, cuando la entidad pierde, tiene un candado más para ir al recurso de anulación, «del titular de la entidad mediante resolución debidamente motivada bajo responsabilidad, siendo esta facultad indelegable».

¡Qué interesante!, ¿no? Y, nuevamente, tenemos un gran problema. ¿Por qué? ¿Qué es lo que dice esta norma? Esta norma fue redactada a favor de la posición que cuestiona el recurso de anulación, entonces, como el recurso de anulación es malo, tenemos que empezar a ponerle trabas a las entidades para que lleguen al recurso de anulación porque, en efecto, muchas entidades tienen la mala costumbre de siempre ir al recurso de anulación; y, entonces, la cosa se hace recontra engorrosa, entonces, pongámosle una traba a esos procuradores, y ¿qué traba le ponemos? Que consiga una resolución dictada por el titular, ¿quién es el titular? El ministro, a ver, consigan una resolución firmada por el ministro en veinte días, y todavía le ponen un candado al ministro, porque el ministro tiene que hacer un análisis costo-beneficio; o sea, no solamente tiene que sacar una resolución así. Ya, lo que sea, o delegarlo a una autoridad de menor jerarquía, ni siquiera puede delegar, él mismo tiene que poner en su agenda: «Voy a firmar».

Eso es muy interesante porque la Constitución, en el artículo 47, dice esto, ¿no? «La defensa de los intereses del Estado está a cargo de los procuradores públicos conforme a ley», y la ley que desarrolla, la Ley del Sistema de Defensa Judicial del Estado, establece un principio básico que es el principio de autonomía, el procurador no responde a nadie al defender al Estado; entonces, aquí tenemos realmente un problema.

¿Qué pasa si el procurador dice: «Eso tiene que ir a recurso de anulación»; pero, no cuenta con la luz verde del ministro? ¿Qué pasa? Sólo interpone. Bueno, por acá podría darse la salida, ¿no? Muchos de ustedes, seguramente, defienden a empresas, qué sé yo, que están litigando arbitralmente con el Estado; y cuando el Estado interpone su recurso de anulación, cuestionan esa interposición; primero, porque no cuenta con la resolución de autorización del ministro, ahí se podría dar una discusión muy buena, ¿no? Porque el procurador les podría decir: «Un ratito —esto lo saben seguro—, yo por qué le voy a pedir permiso al ministro»; y, claro, Henry lo dice, porque la ley lo dice y, entonces, ahí se puede formar una discusión.

Otra cosa, si volviéramos a los inicios del arbitraje, tendríamos otro problema. El arbitraje nació, como mencionaba Henry, como una alternativa. Bueno, renació porque inicialmente había arbitraje, después una justicia estatal y después renació como una alternativa a la justicia tradicional. Digamos, sustentada, sobre todo, en la autonomía de las partes que se sometían a arbitraje; sin embargo, todo cambia en esta vida, todo cambia.

Se ha hecho poca dogmática del arbitraje, en realidad, y eso ha facilitado que se genere un fenómeno que ahora está en boga, muy en boga, y es lo siguiente.

Teníamos justicia tradicional, justicia estatal; teníamos arbitraje, que era la alternativa; pero, ahora, tenemos tres: justicia estatal, arbitraje y una justicia paralela. Hay dos formas de ver el arbitraje, está ésa

donde el arbitraje es un sistema especializado de justicia que se sustenta en algo, en la libertad de las partes que se someten al arbitraje; pero, hay algunos que ven en el arbitraje, la forma de establecer un sistema de justicia paralelo, es decir, no estamos frente al arbitraje como nació, ya no importa si tú quieres ir al arbitraje, yo te obligo a ir al arbitraje. ¿Por qué? Porque estoy desilusionado de la justicia tradicional, de la justicia estatal, del Poder Judicial; entonces, ¿cuál es la salida?, ¿cómo hago para evitar eso? Establezco un sistema de arbitraje obligatorio.

¿Ustedes imaginan un sistema de conciliación obligatorio? Ya, eso es el arbitraje obligatorio, igual, o sea, es la negación del arbitraje, es un sistema de justicia paralelo para evitar a la justicia a la que nadie quiere recurrir, que es la justicia estatal. Bueno, estoy exagerando en mis términos en realidad, pero queremos evitar eso. Entonces, el arbitraje se vuelve un sistema, un instrumento de política para evitar el sistema de justicia que está fracasando porque ha traído muchas desilusiones.

Entonces, por ejemplo, hay países en donde ya no puedes ir al juez para debatir sucesiones, sólo lo puedes hacer en arbitraje. Imaginen que mañana saliera una norma y que dijera que todos los conflictos de naturaleza, así como hay una especialidad comercial, mañana sale una norma y dice: «Se acabó la especialidad comercial, hacemos un arbitraje obligatorio para los conflictos de ese tipo». ¿Qué tal? Lo máximo, ¿no?

Por ejemplo, bolsa de valores, para eso no puedes ir al Poder Judicial. Bueno, hay un arbitraje obligatorio o compulsivo a medias, porque el inversionista, la persona como nosotros que confía en la bolsa, decide si va al Poder Judicial o va a arbitraje, y la sociedad agente de bolsa o la empresa con la que ha contratado, no puede decir nada.

Entonces, hay un sistema, hay un arbitraje entre comillas, que no es un arbitraje, es la negación del arbitraje y que, en realidad, es un sistema de justicia paralela. Tenemos la justicia tradicional, tenemos el arbitraje y el sistema de justicia paralela cubierto bajo el [...] del arbitraje; pero,

este sistema de justicia paralela necesita más dogmática, necesitamos comprenderlo porque no es lo mismo que el arbitraje.

A ver, yo recuerdo haber visto un proceso de anulación de laudo, donde se trataba justamente de un arbitraje obligatorio, no de contrataciones estatales, porque las contrataciones estatales son el paradigma de la justicia paralela, no nacen porque queremos dar libertad a las partes, el arbitraje en contrataciones estatales nace porque no queremos ir al Poder Judicial, seamos sinceros, entonces, establecemos un sistema de justicia paralela.

Entonces, no era este tema sino otro tipo de arbitraje obligatorio, la parte iba en recurso de anulación invocando la primera causal, ¿no hay qué cosa?

Lo más esencial para un arbitraje; no hay pacto, no hay convenio, no hay acuerdo para someternos al arbitraje, y ¿cómo le vas a aplicar esa causal al arbitraje obligatorio? No puedes, pues, o sea, se necesita teorizar sobre la justicia paralela para establecer un sistema de justicia paralela que sea idóneo para ese diseño.

Yo veo algo, más o menos, algunos intentos sin querer queriendo en las modificaciones que se hacen porque, una vez que el sistema va avanzando, aunque no haya teorización sobre ese sistema, se va a producir la necesidad de regulación, es decir, si no hay teorización del derecho de familia, igual las normas van a cambiar, aunque no sepamos lo que estamos haciendo, una vez que cambien las necesidades de las relaciones familiares, las normas van a cambiar, aunque no teorizamos sobre ello.

Lo mismo pasa en estos sistemas de justicia paralela, entonces, sin querer queriendo, por la necesidad del momento, el artículo 45.25, dice lo siguiente, vean, uno de los grandes principios de la anulación de laudo, es el principio de legalidad, solamente se puede anular el laudo por causales tasadas, y ahí entramos a la discusión entre interpretación

restrictiva o interpretación extensiva. Para mí es lo segundo; pero, no estamos discutiendo si hay principio de legalidad o no, en realidad, ése es un *supra* principio de todo sistema de nulidad; pero, bueno, el 45.25 dice: «Adicionalmente, sin perjuicio de lo señalado, el laudo puede ser anulado».

Miren esta causal, es una causal interesantísima. Acá agregan una causal de anulación:

A solicitud de parte, si la composición del árbitro único o del tribunal arbitral o si las actuaciones arbitrales no se han ajustado a lo establecido en la presente ley y en su reglamento, siempre que tal circunstancia haya sido objeto de reclamo expreso en su momento ante el árbitro único o tribunal arbitral por la parte afectada y fue desestimado.

Entonces, tenemos casi una causal especial para este sistema, porque, claro, si tú vas a ir a un sistema de justicia paralela, no te sirve el principio de flexibilidad porque el principio de flexibilidad es consustancial al arbitraje real, al arbitraje que se sustenta en la libertad, entonces, la flexibilidad es consustancial. Así como la confidencialidad es consustancial a un sistema de arbitraje verdadero, original, no contaminado; en la justicia paralela, se necesitan causales de vinculación formal como ésa, ésta es una causal de vinculación formal.

Es así, el artículo ix del Título Preliminar del Código Procesal Civil, las formalidades previstas para el arbitraje en contrataciones del Estado son vinculantes [...], siempre que la parte afectada no haya reclamado, y eso es un buen paso porque en la práctica, como digo, casi sin querer queriendo, el legislador está haciendo algo que los teóricos no están haciendo, que es teorizar sobre lo que es el arbitraje y cuáles son las diferencias con esta negación del arbitraje, que es el arbitraje obligatorio, y empiezan a darle un contenido real. Es absurdo que no se tenga un sistema de anulación de laudos diseñado específicamente para los supuestos de arbitraje entre comillas obligatorio, que es casi como una

conciliación obligatoria; pero, así es pues, el derecho cambia. El derecho cambia y, si nos quedamos esperando, yo por un tiempo estuve en contra, decía: «No puede ser», y todo lo demás, pero si nos quedamos en esa posición, la ola va a pasar en cien años, mejor es subirse a la ola y aprender a nadar.

Pero, bueno, entonces, esas dos cosas muy rapidito, en realidad, no me voy a extender más. Y sí quiero hacer algunas reflexiones sobre lo que se dijo: ¿Es posible renuncia al recurso de anulación? El recurso de anulación, en mi opinión, es irrenunciable, y por dos razones, porque el recurso de anulación se sustenta en la tutela procesal efectiva, el recurso de anulación no se sustenta en el convenio arbitral, tanto es así que el recurso de anulación se puede interponer, entre otras cosas, cuando no hubo convenio.

El recurso de anulación se sustenta en la tutela procesal efectiva y no se puede renunciar a la tutela procesal efectiva. Y hay otro sustento para el recurso de anulación, ¿cuál es el otro sustento para el recurso de anulación?

En las sociedades modernas, como nuestro país, la justicia es una atribución primaria del Estado; la jurisdicción es una de las manifestaciones de los poderes del Estado. El arbitraje solamente avanza hasta donde el Estado le dice: «Puedes avanzar».

A ver, ¿quién inicia un arbitraje para divorciarse? Nadie, porque el Estado no le ha dicho: «Puedes hacerlo».

A ver, ¿quién iniciaba un arbitraje en contrataciones con el Estado antes de que el Estado dijera: «Muy bien, pueden seguir». Es así, el arbitraje siempre va a tener un límite, y es el *ius imperium* estatal, por eso es que se necesita el recurso de anulación, porque el recurso de anulación no solamente se sustenta en el interés privado de la parte que se

ve afectada por un laudo, sino que también se sustenta en el interés del propio Estado.

Ya lo dejo ahí no más. Para la próxima, vamos viendo lo demás. Bueno, entonces, Henry.

Henry Huanco Piscoche: Sólo una precisión. La pregunta que yo he hecho no es en función a las normas vigentes, no es como están, porque estoy de acuerdo con el doctor en que, estando a las normas vigentes, como está formulado el arbitraje, no sería válido ese pacto; pero, la pregunta era ir más allá de la norma, y eso si es que la respuesta es afirmativa; eso, naturalmente, debería implicar la modificación de la norma, de muchas normas vigentes, la concepción misma del arbitraje como jurisdicción.

Entonces, estoy de acuerdo con el doctor en que, actualmente, sería inválido un pacto así, por las razones que ya ha explicado; pero, la pregunta más bien era, de repente no me he dejado entender. ¿Cómo debería ser? Un análisis de *lege ferenda*, más allá de la ley; y, si la respuesta más allá de la ley era: «Sí sería conveniente que se pacte una renuncia al recurso de anulación»; eso tendrá que reflejarse en una modificación legislativa.

Gracias.

Héctor Inga Aliaga: Solamente una pequeña reflexión en cuanto a lo señalado por Esteban sobre el arbitraje obligatorio. Efectivamente, hay dos [...] en donde el arbitraje es obligatorio o si estos contratos en materia de contratación pública tienen el sentido como una cláusula general de contratación, también hay esa visión, y podría decirse que la voluntad de las partes está en querer contratar con el Estado [...]. Yo considero que el arbitraje es obligatorio y así es desde el año 98.

Con respecto a la cláusula del 45.25, evidentemente, nosotros estamos frente a un arbitraje especial y el arbitraje especial te dice que se

debe cumplir la ley, el reglamento, las normas de derecho público y las normas de derecho privado.

Efectivamente, ésta es la figura y, si tú no cumples con esa disposición, evidentemente, no estás cumpliendo con las herramientas que el árbitro tiene para poder decidir a través de su laudo; y si tú no cumples con esa decisión, tu laudo tiene que ser nulo, pues, porque no vas a resolver en un arbitraje en contratación pública con las normas del Código Civil. Muchas veces hay árbitros que se enfocan más en el Código Civil o en el derecho privado, y no se enfocan y no aterrizan en lo que debe corresponder, que es la Ley de Contrataciones, el reglamento y normas de derecho público y privado. Sobre esto hay una discusión bizantina desde el año 2012 [...], que te decía que, si tú no cumplías con esta disposición, podías irte a la vía de anulación del laudo.

Y, finalmente, en cuanto al tema de la doble instancia, creo que el sentido del arbitraje, en general, porque nosotros tenemos que ver al arbitraje no solamente como el proceso, sino como todo el mecanismo y hasta que se pueda [...]. Entiendo y comprendo lo señalado por Esteban; pero, yo creo que la naturaleza jurídica que tiene el arbitraje, justamente la de rapidez, ¿de qué vale hacer un arbitraje en tres meses, seis meses, ocho meses, si es que después vas a ir a anulación que dura años? Eso le quita la esencia, y la esencia del arbitraje está regulada en el artículo 139 de la Constitución, el artículo 139 de la Constitución dice que el arbitraje es una prerrogativa especial, muy aparte de la vía judicial. Nada más.

Muchas gracias.

Presentador: Agradecemos la participación de los ponentes y, a nombre del Instituto Peruano Derecho Civil y del Instituto de Investigación Jurídica *Ius Novum*, les otorgamos los siguientes certificados.

VIII. MESA 7: ¿CÓMO OBTENER ÉXITO EN LA GESTIÓN DE UN LITIGIO ARBITRAL?

*Giancarlo Peralta Miranda*¹

*Leonardo Chang Valderas*²

*Juan Carlos Pinto Escobedo*³

*Luis Ames Peralta*⁴

¹ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, actualmente cursa la maestría en derecho de negocios con práctica en competencia y regulación, en la misma casa de estudios. Es autor del libro *Arbitraje de inversión. El dinámico y complejo fenómeno jurídico visto a través de los tratados bilaterales de inversión*. Se desempeña profesionalmente en arbitrajes comerciales, de contrataciones públicas y de infraestructura.

² Abogado por la Universidad de Piura, con más de trece años de experiencia en el ejercicio de la profesión, ha desarrollado estudios de máster en gerencia social por la Pontificia Universidad Católica del Perú, obtuvo el título de maestría en administración pública otorgado por la Universidad Complutense de Madrid-Instituto Universitario Ortega y Gasset, España-Escuela de Gerencia Continental, Perú; y, el título de máster en contratación pública por la Universidad Castilla-La Mancha, España.

³ Abogado con más de diez años de experiencia brindando asesoría legal a entidades del gobierno y a empresas nacionales e internacionales en materia de derecho administrativo, contratación pública, arbitraje y ejecuciones de obra. Cuenta con un posgrado en arbitraje comercial y de inversiones en *Washington College of Law-American University*, con estudios de maestría en gestión y políticas públicas en la Pontificia Universidad Católica del Perú y de especialidad en arbitraje y contrataciones del Estado por ESAN.

⁴ Abogado y consultor en arbitraje y contrataciones con el Estado, árbitro del SNA-OSCE y de diversas instituciones arbitrales, ha realizado cursos de especialización en derecho de la construcción en la Universidad del Pacífico, en contrataciones del Estado y derecho administrativo en la Universidad ESAN y de arbitraje en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Presentador: Estimados participantes, vamos a continuar con la siguiente mesa de esta segunda jornada, «¿cómo obtener éxito en la gestión de un litigio arbitral?».

Giancarlo Peralta Miranda: Buenas noches, antes que nada, un agradecimiento al Instituto Peruano de Derecho Civil por la invitación, en la persona de Roger Vidal. Muchas gracias.

En segundo lugar, gracias a la mesa que estoy integrando porque, en realidad, mi mesa era una anterior, pero por motivos equis no se pudo instalar para conversar al respecto, de ahí que haya modificado un poco la presentación de hoy; y, en tercer lugar, gracias a ustedes por estar aquí un viernes por la noche.

Antes de comenzar, quisiera comentarles que formo parte de una asociación que se llama *Peruvian Young Arbitrators*, que busca difundir las buenas prácticas en el arbitraje; eso en primer lugar, y tenemos como visión fomentar el hecho de que el Perú sea una sede de arbitrajes internacionales. ¿Qué implica esto? Que se difundan buenas prácticas en el arbitraje, ya sea desde la posición de abogado, desde la posición de tribunal arbitral o la posición de centros de arbitraje. Es un poco en este enfoque que está hecha mi presentación.

Lo primero que les planteo es un cambio de mentalidad. Cuando se inician las clases de negociación en Harvard, lo primero que se hace es comentar una anécdota, una historia, dos niños se pelean por dos naranjas. Esta discusión hace que la mamá llegue y pregunte qué pasa, entonces, los niños dicen: «Oye, quiero alimentarme con las naranjas». Entonces, digamos que lo normal en situaciones normales, sería que la mamá le dé una naranja a cada niño, eso a simple vista es correcto; pero, ¿por qué no ir más allá? Yo creo que lo fundamental es preguntar ¿para qué son las naranjas? Entonces, resulta que uno las quería para jugo y el otro para hacer mermelada. Entonces, simplemente había que exprimir las naranjas para uno, y las mismas dos naranjas para hacer mermelada.

¿Qué implica esto? Esto implica un mejor uso de los recursos, un modo más eficiente de repartir los recursos. Entonces, siempre hay que preguntar, ¿para qué?

El cambio de mentalidad también pasa por una visión «*win-win*» - «ganar-ganar». ¿Qué implica eso en el arbitraje? Saber qué estoy dispuesto a ceder; qué es lo mínimo que quiero conseguir y que, obviamente, se tenga en cuenta que el chip es distinto que en el Poder Judicial, no estamos ante un método excesivamente adversarial, sino ante un método amistoso, que no busca establecer quién gana y quién no en términos de ego, sino se trata de solucionar un conflicto al menor costo posible.

Aterrizando un poco en materia de pretensiones, ¿qué dice la Ley de Arbitraje?, dice:

Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral y a menos que las partes hayan acordado algo distinto respecto del contenido de la demanda y la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que se formulan, y el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda.

Entonces, hay tres conceptos básicos: Alegaciones, los hechos y las pretensiones. En temas de demanda, el Reglamento de la Ley de Contrataciones —les estoy hablando del Decreto Supremo n.º 056-2017-EF, que es el vigente—, habla sobre la solicitud de arbitraje, y un poco nos va a retratar qué es lo que queremos decir. Dice: «El arbitraje *ad-hoc* se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito, una indicación del convenio arbitral, un resumen de la o las controversias a ser sometidas a arbitraje y su cuantía, incluyendo la designación del árbitro, cuando corresponda».

Algunos consejos al respecto. Elige bien el «menú». ¿Qué implica esto? Es saber qué es lo que desea el cliente, tienes que saber preguntar,

ver cuál es la situación, actualmente, para poder determinar las medidas efectivas para solucionar la controversia. Esto pasa también por una retroalimentación, es una visión multidisciplinaria de la controversia. ¿A qué me refiero con esto? Estamos tratando temas de Contrataciones con el Estado, donde hay asuntos de obras públicas, la participación de los ingenieros, de los arquitectos, es vital, el *feedback* que podemos conseguir de estos especialistas es sumamente vital para poder plantear buenas pretensiones en el arbitraje.

La estructura. Esto pasa por la clasificación de las pretensiones, lo clásico de las pretensiones, principales, las accesorias, subordinadas; hay que saber armar el menú.

Contar bien el cuento. ¿Eso qué implica? Tener los hechos claros. En el arbitraje la cronología es importante; la cronología de los hechos, porque antes que el derecho lo que buscan los árbitros son hechos, y esto pasa por contar bien el cuento.

En situaciones normales, quien está frente a ustedes en un tribunal arbitral —y digo situaciones normales porque se ve de todo— que sabe tanto o más de derecho que ustedes, tanto o más de obra que ustedes, entonces, lo importante es saber ponerlo en contexto. Pasa también por tener un orden e ideas base; la psicología del derecho dice que hay que plantearse temas fundamentales, no hacer un recuento de un sinfín de cuestiones en el arbitraje, sino centrarse en tres o cuatro ideas fundamentales, centrales, y repetirlas continuamente para que queden claras.

La lógica, que es una suerte de coherencia jurídica, ¿qué implica? Que lo que cuentes, naturalmente, esté respaldado por tu sustento legal. La idea es que no se repita esta imagen, los árbitros durmiéndose por una exposición aburrida o demasiado larga, sino que más bien se genere esta situación, los árbitros atentos a lo que el abogado está diciendo.

Ahora, dentro de este tema, uno entra en la disquisición ¿razón o emoción? Es decir, ¿tengo que ser absolutamente racional en mis argumentos?, ¿tengo que basarme únicamente en la ley para tener éxito en el arbitraje?; o ¿también debo apelar a la emoción?

Bueno, yo creo que es un falso dilema, es lo que se diría en el tema de falacias argumentativas, un falso dilema, porque creo que las dos se complementan, la razón y la emoción.

Alfredo Bullard dice: «Lo que es justo o injusto es un sentimiento antes que una idea claramente establecida, y ese sentimiento explica por qué el árbitro siente que tiene que hacer algo para corregir una situación».

En buenos términos, ¿qué implica esto? Implica empatía. Un abogado odioso no va a generar empatía jamás, por mucho que sepa. Yo he visto abogados que saben un montón, pero no han sido lo suficientemente empáticos para llegar al tribunal arbitral. A la larga, somos seres humanos y actuamos por impulsos, incentivos y desincentivos, entonces, la idea es generar empatía.

Otro consejo, prueba lo que dices, y acá es pertinente la pregunta, ¿qué es lo que realmente debo probar? Vamos a recurrir a uno de los más capos en temas probatorios, a Michele Taruffo.

Y, ¿qué dice Taruffo? Él dice: «Cuando hablamos de la verdad de un hecho, en realidad, hablamos de la verdad de un enunciado acerca de ese hecho. En consecuencia, lo que se prueba o demuestra en un proceso es la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio».

En otras palabras, lo que tú afirmas es lo que debes probar, los hechos están y es probable que haya hecho sumamente relevantes y otros no tanto; pero, lo que tú estás diciendo es lo que, definitivamente, debes probar en tu demanda.

Otro consejo es identificar el medio probatorio idóneo, ya sean documentos, peritajes, testimonios, videos, audios, lo que fuere. Para cada situación hay un medio probatorio idóneo. ¿Cuánto probar? Realmente, hay tribunales arbitrales que siguen ciertas premisas preclusorias, por así decirlo, entonces, prefieren limitar la cantidad de medios probatorios que se plantean. En el arbitraje hay que cambiar el chip, eso debe ser descartado, hay que probar, y probar, y probar.

Claro, eso no significa que vas a tener un arbitraje larguísimo en términos probatorios; pero, fundamentalmente, lo que se busca es llegar a la verdad, a la certeza o a la convicción, sea el estándar probatorio que se maneje.

La relevancia de los medios de prueba. Hay muchas demandas en las que se presentan muchos documentos, no es necesario que se presenten todos los documentos, no tienes que presentar todo el cuaderno de obra en un tema de obras, tienes que seleccionar muy bien qué es lo que vas a presentar. Vamos a ponernos en una situación que es absolutamente real, los árbitros tienen varios casos y, como tienen varios casos, seguramente no tienen excesivo tiempo para estar leyendo todo. Con esto, ojo, no significa que no vayas a leer lo que te presentan, obviamente, lo tienes que hacer, pero hay que saber escoger qué se le manda al árbitro. En Estados Unidos, cuando tú quieres ponerle zancadillas a una contraparte, lo que haces es inundarla de documentos, jamás lo hagan con los árbitros.

Prueba plena, prueba indiciaria, certeza o convicción. Ya los temas probatorios, seguramente, los han visto, y eso depende un poco también de la ley de fondo y del criterio que manejen los árbitros generalmente. En el derecho peruano ya estamos mudando de la certeza o la verdad absoluta a la convicción, por eso les hablaba de la empatía, es importantísimo generar ese vínculo entre abogado, partes y el árbitro.

Bueno, los elementos constitutivos de la responsabilidad civil ustedes los conocen, están ahí, y hay algo que es muy importante, el *quantum*

de lo que se pide. A veces nos empeñamos en determinar imputabilidad, antijuricidad, factores de atribución, nexo causal y daño; pero, nos olvidamos de cuánto representa eso, por eso es vital que nos apoyemos en informes de peritos, en peritos contables, en peritos técnicos en temas de construcción, es vital que acudamos a estas personas porque el tribunal arbitral puede decir: «Sí hay un daño, efectivamente. Sí hay responsabilidad; pero, ¿a cuánto asciende eso?». Entonces, es muy importante determinar el *quantum* del daño.

Y el tribunal arbitral no hace milagros, y eso hay que tenerlo muy en cuenta, el tribunal arbitral no va a fungir la posición de una parte, hay que plantear bien las pretensiones, no esperemos que el tribunal arbitral supla la posición de las partes, porque es muy probable que nos encontremos con un *ultra petita*, *extra petita*; o, en todo caso, *infra petita*.

¿Pretensiones o puntos controvertidos? Aquí hay una discusión, ¿qué es lo que guía a los árbitros, las pretensiones o los puntos controvertidos? Hay algunos que acostumbran que sean los puntos controvertidos porque de alguna u otra manera, las partes han consentido o han planteado el asunto en controversia durante el arbitraje; pero, ahí podría haber temas de caducidad que podrían estar inmersos; y, además, yo creo que las pretensiones son la guía; la brújula que tienen los árbitros para decidir determinadas materias.

Muchas veces puede que en el fondo del asunto tú ves que puedes ir más allá; pero, si las pretensiones no lo dicen, no lo piden, no lo exigen, es imposible que los árbitros puedan ir más allá sin que se hable de una anulación del laudo o, eventualmente, pues, se discuta esta decisión.

«*Shoot to kill*», otro concepto: «Dispara a matar». Esto tiene dos sentidos, el sentido jurídico, porque, obviamente, lo que estás diciendo tienes que probarlo; y, el sentido económico, porque en el arbitraje las pretensiones, la cuantía de las pretensiones, es directamente proporcional respecto de los honorarios de los árbitros. Si pides diez, te van a

cobrar por diez. No pidas lo que no es necesario; y, por supuesto, lo que no puedes corroborar. Entonces, es eso, tienes que poner el ojo y, definitivamente, poner la bala ahí, porque va a ser directamente proporcional el tema de la cuantía de pretensiones con lo que cobren los árbitros.

Un *bonus track*, un último consejo; y para esto voy a recurrir a un personaje. No sé si se acuerdan de esta escena que es lo máximo, es la escena de *Spiderman*. Peter Parker está con su tío Ben a punto de entrar a la biblioteca, antes de que el tío Ben muera, disculpen el *spoiler*, pero asumo que todos la han visto, y ¿qué le dice el tío Ben a Peter Parker? Le dice: «Peter, un gran poder, conlleva una gran responsabilidad».

Ése es el mensaje que quiero traerles respecto de las buenas prácticas. Ustedes, como abogados y como árbitros van a tener una gran responsabilidad en las manos, de ustedes depende que la institución arbitral siga siendo la institución fuerte que es, sean responsables y sepan bien qué es lo que van a hacer con todo ese poder.

Muchas gracias.

Presentador: Proseguiremos con el programa invitando al doctor Leonardo Chang, para que continúe con el tema de la última mesa, «¿Cómo obtener éxito en la gestión de un litigio arbitral?».

Leonardo Chang Valderas: Buenas noches, me van a disculpar que no me ponga de pie, todos ustedes me han visto entrar, a mis cuarenta y pico de años, son las consecuencias de hacer deporte, eventualmente, un tendón roto, pero estoy aquí con toda la voluntad de colaborar con este evento.

Mucho de lo que voy a mencionar tiene que ver con lo que Giancarlo les ha manifestado; pero, yo quiero insertar en esta conversación la palabra «Persuasión», de lo que se trata, señores, para obtener una

ventaja competitiva, es de que sean persuasivos. Todos en esta sala tienen la edad suficiente para haber persuadido, se trata de persuadir.

Entonces ésa es la palabra clave, creo yo, que deben insertar en su chip cuando sean contratados para un litigio arbitral, ya sea defendiendo al contratista o como procuradores. Acuérdense, siempre se trata de persuadir al tribunal, ya sea unipersonal o colegiado.

Entonces, la pregunta cuando uno quiere ganar es ¿hay una fórmula para esto?; ¿hay una dosis del componente $A + B + C$ que me asegure ganar un proceso arbitral?

Pues, todos —yo creo— coincidirán conmigo en que no existe; pero, lo que sí resulta claro para que a ustedes les genere ventajas cuando intervengan en un proceso arbitral, es lo siguiente.

Primero, considerar que ni la ley, ni la doctrina, ni la jurisprudencia aplicables al caso, aun cuando resulten fundamentales, como lo señaló a Giancarlo, no son lo más importante. No gana el arbitraje el abogado que conozca el derecho hasta el pie de página, pese a que conozca la legislación en toda su extensión, a que conozca el origen de la norma, a que haya participado, incluso, en la elaboración de la norma y aplique mejor que nadie la norma.

No es esencialmente ése el perfil del abogado que siempre va a ganar más en las disputas arbitrales. Entonces, si no es él, ¿quién es?, pues se tratará [...], aplicando la persuasión ante un tribunal arbitral que se mueve, principalmente e inicialmente [...], logra sostener su tesis, su teoría, su historia, para que esa historia sea recogida por el tribunal arbitral. Bien, en eso consiste.

Obviamente, todos debemos ser rigurosos en la aplicación y conocer la norma. Eso es básico, no hay forma de que te involucres en un

proceso arbitral si no conoces la norma; pero, el tema está en ser persuasivos Y, ¿cómo ser persuasivo? Sería la siguiente pregunta.

Eso no está en la universidad, no está en los libros, no está escrito en piedra, eso dependerá de tus propias habilidades y de que conozcas ciertas ventajas que te dan un *plus*; un valor agregado con relación a los demás profesionales; y, en esencia, contra el abogado que tengas en frente; ya sea que tú defiendes al contratista o que defiendas al Estado.

Entonces, esas ventajas son las que ustedes tienen que desarrollar, yo solamente las voy a enunciar, y esto parte de lo que ha señalado Giancarlo, de aquello sobre lo que han escrito Alfredo Bullard y Huáscar Ezcurra, como pioneros en la introducción de estas técnicas de litigio arbitral para que se conviertan en ventajas competitivas y se complementen, insisto, con una rigurosa aplicación de la norma.

Entonces, Giancarlo ha señalado —y lo ha dicho correctamente— ha señalado en su lámina, ¿qué prima, lo racional o lo emotivo? Pues, de acuerdo a la investigación de Alfredo Bullard y Huáscar Ezcurra, está comprobado que un árbitro se mueve primero y toma sus decisiones emotivamente, de ahí la importancia, señores, de tener empatía con el tribunal arbitral.

Luego, este tribunal arbitral si considera que tu tesis es correcta, que se trata de una historia real, convincente; la asumirá y tu historia quedará anclada en la memoria del árbitro para que, luego de un análisis lógico-jurídico, aplique el contexto [...]. Entonces, se trata de generar una historia; una historia real que genere certeza; esa certeza va a generar empatía y esa empatía les va a dar una ventaja ante su competidor en un proceso arbitral.

Los árbitros somos seres humanos; nos levantamos temprano, tenemos muchos de nosotros que atender a los hijos, la esposa, llevar al colegio, tener un día bueno, malo, a veces nos dan desayuno, no nos dan

desayuno; así que, por favor, se trata de generar esa empatía con el árbitro. Somos también personas que vivimos el día a día como cualquier otra; y, en consecuencia, como lo ha señalado Giancarlo, reaccionamos con emociones, y el día de las audiencias, sobre todo, el día de las audiencias, ustedes tendrán que mirar la cara de los árbitros y aplicar estas ventajas competitivas, tratar de convencerlos, de persuadirlos, leyendo cuál es la actitud del árbitro frente a la historia que estás contando.

Entonces, algunas pautas que deberían tomar en cuenta. Lo primero, lo básico es, por favor, seamos honestos, seamos sinceros con nosotros mismos, cuando venga un cliente y te cuente su historia, lo que debes hacer es, con un gran esfuerzo, porque para eso te están pagando, es analizar de pies a cabeza toda la documentación que te sea entregada.

A partir de ahí, señores, lo que deben hacer es determinar cuáles son sus posibilidades. Como dijo Giancarlo, seamos reales en plantear las pretensiones, seamos honestos con nosotros mismos, y eso va a servir de mucho porque, a partir de ahí, vas a ser honesto con el cliente y vas a ser honesto con el tribunal. Si no eres honesto contigo mismo para determinar tus posibilidades de éxito, vas a incurrir en error, van a saltar las mentiras frente al cliente; y, lo que es peor, al tribunal por la experiencia, por el conocimiento que tiene, va a ser muy difícil engañarlo.

En consecuencia, lo que hay que hacer —como dijo Giancarlo— es plantear, determinar la estrategia sobre la base de pretensiones reales que puedes probar.

Eso se resume en lo siguiente: ¿dónde está el éxito, entonces, de la defensa en un proceso arbitral?

¿Cuándo se formule la estrategia? No, yo creo que el éxito comienza cuando eres honesto contigo mismo y determinas con realidad cuáles son las pretensiones que puedes alcanzar, y eso está ligado al hecho de que todo es por resultados, tienes que ganar; pero, entonces, [...] y ahí

se asocia el hecho de que hayas sido honesto contigo mismo, con tu cliente y con el tribunal. El hecho de ganar no siempre será obtener un gran 100%, sino ganar será el que obtengas lo que habías determinado como posibilidad.

En esas circunstancias, mayores serán los casos de éxito, porque no te habrás planteado cuestiones emocionales, serás siempre objetivo y sincero contigo, «Hasta este punto puedo llegar». Así el cliente te diga: «Doctor, planteemos 1 millón»; pero, si tú de la evaluación de los medios probatorios, ves que no se puede pretender más de 100,000, pues sé sincero contigo mismo y sé sincero con tu cliente, y dile: «Señor, no podemos plantear más de esos 100,000». Créame, ahí está la clave para encaminar una defensa arbitral con éxito.

Luego, viene el tema de ser sincero con tu cliente, que parte de —como ya les expliqué— ser sincero contigo mismo. Y, ¿por qué ser sincero con tu cliente? Porque es mejor que tú le digas a tu cliente: «Señor, después de analizar el caso, no vale la pena iniciarlo por un tema de costo beneficio».

A que tú te engañas a ti mismo y engañes a tu cliente y éste tenga una gran cara larga cuando se emita el laudo en su contra. Siempre —créanme— siempre, siendo sincero contigo y con tu cliente, vas a tener una ventaja asegurada, y siempre vas a tener trabajo, créanme, porque vas a generar algo que no se compra, que es la confianza.

Esa persona, aun cuando tú le hayas dicho, en su oportunidad, cuando tenía una serie de expectativas que su entorno técnico le había planteado, y si tú con rigurosidad después de leer el expediente y analizarlo, llegas a la conclusión de que el cliente está equivocado, pues transmíteselo, díselo y, si pese a eso, el cliente quiere asumir los riesgos, pues sabrá a lo que se atiene.

Es fundamental esa parte emotiva que siempre se toma en cuenta en el tribunal arbitral; sé sincero también, sé honesto con el tribunal arbitral, siempre, de inicio a fin. No vale ser sincero con la parte que me conviene; con los argumentos que me permiten sacar mayor ventaja. No hay sinceridad si no es al 100%.

Un tribunal arbitral, como ustedes saben, está compuesto por profesionales capaces, experimentados, que, como dijo Giancarlo, conocen, incluso, mejor que tú el objeto de la controversia. En consecuencia, una ventaja va a ser que nunca engañes al tribunal. Cuando uno se encuentra con esas situaciones, automáticamente hay un bloqueo para ese abogado, que aun cuando me diga la verdad, yo no sé si en su siguiente declaración me va a mentir. Perdió, prácticamente, esa gran ventaja que pudo haber obtenido si es que decía la verdad; es que es muy fácil. La mentira tiene patas cortas y es muy fácil para un tribunal, después de una audiencia y de revisar los hechos, darse cuenta de que le están mintiendo, y es de muy mal gusto ser descubierto como abogado que te estás dirigiendo a un tribunal mintiendo, es algo imperdonable. Hasta en una relación marido y mujer te pueden perdonar; pero, un tribunal, créanme, te va a poner la equis; no vas a generar ningún tipo de certeza en adelante, el caso está perdido.

Otro punto, mi consejo es revelar absolutamente todo. Revela lo que no te conviene y, lo que te conviene, desarróllalo, fundaméntalo, expláyate, tienes un mundo de posibilidades para tomar un hecho y desarrollarlo en tu beneficio; pero, sobre aquellos argumentos que no te convengan, simplemente, explícalos, pero sé sincero. «Efectivamente, señores miembros del tribunal, este hecho ocurrió, pero por esto, esto tiene una razón».

Si tú tocas estas cosas menores, aun cuando le causen perjuicio a tu posición, vas a generar en el tribunal la idea de que no estás mintiendo en cosas mayores y, si tu historia logra calar en el tribunal, te van a

considerar, al contrario, que al abogado de tu contraparte, como un abogado honesto.

Lo otro a considerar es, cuando tengas la oportunidad, cuando se pueda, elegir al árbitro. Seguro mis amigos van a ahondar en este tema, una vez que tú elijas en función a la experiencia, en función a su conocimiento de la materia, de su honestidad, después de eso y si tienes la oportunidad, cuando se trate de un tribunal arbitral, pues, entonces, tómate también el trabajo de analizar quiénes van a ser sus coárbitros, revisa qué han escrito, revisa si tienen posiciones contrarias, sus laudos, pronunciamientos anteriores; es decir, te toca hacer el trabajo.

Otra ventaja es —acuérdense— como lo señaló Giancarlo, que lo importante es transmitir una historia; una historia que tenga contenido, que tu historia sea real, veraz, para que genere esa empatía.

Por favor, no les pagan por peso, no les pagan por escribir cientos de hojas, a menos que la complejidad del caso lo justifique; lo último que deben hacer es transcribir, redactar todas las normas que crean que se pueden aplicar dedicándoles el 70 u 80% del contenido —créanme— nosotros conocemos las normas y resulta poco amigable que quien quiere convencerme, plantee el mayor peso de su fundamento en un fundamento legal. Eso no te da ninguna ventaja, por el contrario, te pones a leer y todo es doctrina, ley, jurisprudencia, y lo que se relaciona con hechos es lo mínimo.

Ahí perdiste una gran oportunidad de sacar una ventaja. ¿Por qué? Porque esos hechos van a ser trasladados a un escrito de demanda y, del escrito de demanda, en las audiencias, es donde como abogado tienes la mayor oportunidad de causar un impacto en el tribunal.

Y, ¿por qué en la demanda? Porque es la primera oportunidad que tiene el tribunal de contactar con tu historia; no te guardes nada en la demanda, cuenta el cuento como lo señaló Giancarlo, no solamente es

la transcripción de antecedentes: «Con carta tal, con carta tal, esto pasó, dame la razón».

No. Se trata de contar una historia; se trata de, hasta cierto punto, hacerla entretenida, se trata de incorporar en la historia los personajes, se trata de incorporar al residente, al supervisor, al representante legal, al especialista en salud, al especialista en maquinaria pesada; a todo el mundo, a todo el mundo que pueda corroborar tu historia.

Sobre eso ha escrito Bullard, y dice: «Tu historia tiene que ser entretenida, tiene que, fundamentalmente, referirse a hechos; debe ser clara, ligera, con un lenguaje sencillo, objetivo e impactante». Lo que dicen en su escrito, acompáñenlo, tanto como sea posible, con imágenes, fotografías, todo aquello que llame la atención; va a ser muy importante ese contacto visual; que el árbitro tenga contacto en tu escrito de demanda, con todo aquello que le genere convicción, si puede verlo, mejor.

Otra cosa, ¿se trata, simplemente, de generar una historia bonita? ¿Se trata de generar una historia estructurada? No, no es suficiente, se trata de generar una historia que tenga una raíz, que tenga coincidencia y sea amigable con el sentido común, porque por más que tu demanda sea la mejor de las demandas, esté correctamente estructurada, traslades los hechos; correctas pretensiones, correcta fundamentación jurídica. Si tu historia no resulta amigable con el sentido común, tu historia va a ser rechazada. Entonces, se trata de eso, mi historia tiene que ser una historia creíble y, para eso, tengo que decir la verdad, para eso inicialmente tuve que ser honesto conmigo mismo, con mi cliente, tengo que ser honesto con el tribunal; pero, sobre todo, tu historia tiene que atraer al árbitro para generar esa empatía, pero no basta porque, por más empatía que haya con mi historia, si ésta no calza con el sentido común, no va a haber forma de que el árbitro te dé la razón.

Bien, hay una serie de elementos ahí a considerar. Y, por último, ustedes también investiguen sobre estas técnicas, sáquenle provecho a

las audiencias, si bien un escrito está ahí, el árbitro lo puede revisar tantas veces considere, siempre hay un margen de imaginación del árbitro, del tribunal, respecto de tu escrito, siempre va a haber un vacío, «puede haber ocurrido esto», y el árbitro se va a imaginar muchas cosas para ver si calzan o no calzan; pero, en una audiencia donde te ve directamente a los ojos y donde tú estás en la obligación, para generar convicción, de mirarlo de frente, lo que debes hacer es sacar el máximo provecho.

No lean, por favor, los textos, hay audiencias donde los abogados o los procuradores presentan una lámina con textos de diez o quince líneas, nosotros los árbitros también sabemos leer, entonces, no se causa ningún impacto, los alegatos se presentan. Luego, se genera la audiencia; si tú vas a leer lo que tú has presentado en tu escrito, te vuelves previsible; no vas a generar ningún impacto, los vas a aburrir, como les digo, nosotros también sabemos leer y lo que vas a hacer es que perdamos la atención en ti.

Se trata, a veces, de una sola oportunidad; la que tienes para vencer, en una audiencia; míralo de frente, utiliza un tono de voz correcto; vístete adecuadamente; trátalos con respeto; trata, sobre todo, con respecto a tu rival en el buen sentido; que tu ego no te gane si te encuentras frente a un rival que tiene una distinta capacidad o no está empapado bien del tema o no ha tenido el tiempo de leer correctamente el caso, tampoco respondas a agresiones. Si te agreden, elegantemente pasa la página; lo que le va importar siempre al tribunal es que le digas los hechos; cuéntales la historia; eso es lo que realmente importa.

Y siempre, para culminar, utiliza en tus audiencias orales apoyo técnico; soporte de figuras, imágenes y demás, porque realmente va a generar mayores ventajas en tu historia.

Eso es todo.

Gracias.

Presentador: Agradecemos la presentación del doctor Leonardo Chang. A continuación, le damos pase al doctor Juan Carlos Pinto.

Juan Carlos Pinto Escobedo: Bueno, gracias a los que todavía se están quedando. Es un viernes por la noche, así que entiendo que todos estamos un poco cansados. Voy a tratar de trasladarles algunas ideas con mayor fluidez. Antes que nada, quiero agradecer al Instituto Peruano de Derecho Civil y al doctor Roger Vidal por la invitación, y a ustedes por su asistencia.

Bueno, el tema que se nos plantea para esta mesa es muy simpático porque tiene la palabra «éxito» dentro de él, y me invitó a revisar un poco en doctrina y también en la web, como todos, qué es lo que se debe entender como éxito y, averiguando, encontré un artículo de Francisco González de Cossío, [...], muy acreditado con amplios años en esta materia, que señala que el arbitraje es como una novela; y, para que sea exitoso, debe tener dos cosas, buenos actores y un buen guion; el guion sería una buena cláusula arbitral y un buen laudo, y los actores, como lo sabemos, serían un buen tribunal arbitral; buenos abogados de parte y un buen juez.

Todos ellos tienen el calificativo de «bueno» y «buena»; y, para no extenderme mucho con la cita de Francisco González, la puedo resumir en que el calificativo de «bueno» o «buena», está dado por lo correcto, por lo que esperan no cada uno en el proceso, sino lo que espera el proceso de cada uno de estos actores; es decir, más allá de que el éxito sea una percepción subjetiva que cada uno de estos actores va a tener sobre el arbitraje; él llega a una definición más elevada; o, mejor dicho, que está por encima de las percepciones de éxito que va a tener cada uno de los actores del arbitraje, y es el éxito del proceso.

En sí, Giancarlo y Leonardo nos han dado bastantes elementos para que, siendo abogados de parte o estando en alguno de los lados como actores del proceso, pues tengamos éxito. Yo he querido hablarles un

poco del éxito en sí y de lo que todas las partes tienen que buscar, que es, básicamente, un proceso exitoso.

Me explico. Todos vamos a desear —cuando estemos en un arbitraje— que la controversia se solucione, porque ése es el motivo por el cual todos los actores fueron convocados y éste tiene que ser, finalmente, cumplido. Si no se cumple con una solución de la controversia, el proceso no ha sido exitoso; el arbitraje no sirvió para nada

¿Qué significa que se dé una solución de la controversia? ¿Quiere decir que se emita un laudo? Sí, que se emita un laudo y que este laudo sea válido. Que sea válido en términos legales para empezar, y cuando digo en términos legales, es que cumpla, primero, con los requisitos que establece la ley, muchos de esos requisitos tienen que ver con las garantías procesales que están ya definidas por el Tribunal Constitucional, por la doctrina, por todas las normas que todos sabemos; pero que, a veces, porque algunos tribunales pueden dejar, a veces, para último momento el laudo.

Podrían omitir o tener alguna debilidad o probablemente, si es que alguna de las partes se olvidó de argumentar o de ingresar alguna prueba en el momento debido, a veces, quieren forzar la figura para hacer más fuerte su posición y, en este afán, es que algunas veces podemos dañar el proceso.

Un laudo válido es un laudo que cumple con los requisitos de la ley y este laudo también tiene que ser ejecutable, porque ¿de qué me sirve un laudo que no puedo ejecutar?

Hemos leído, creo, muchos de nosotros, diversos laudos en los que finalmente no se entiende cómo es que se va a ejecutar lo decidido.

Veo caras de sonrisas, podemos ser varios los que nos hemos topado con laudos que no se pueden ejecutar, que no son entendibles y que, a

pesar de que se interponen los recursos de interpretación, de corrección, exclusión, aclaración, finalmente, lo decidido ocasionalmente no varía y el árbitro no logra aclarar el sentido de lo que decidió.

Pero, encima de eso, creo que también tendríamos que mencionar un laudo que no sea anulado y, para que no sea anulado, no estamos hablando solamente de la decisión del laudo, sino de que el arbitraje en sí haya sido correctamente protegido, no sólo por los árbitros, sino también por las partes, porque las partes, salvo que haya alguna que tenga malas prácticas o una conducta procesal de mala fe, no van a querer incurrir en costos.

Con eso me refiero no solamente a lo económico, sino también al tiempo. Para minar su propio proceso, su propio mecanismo para solucionar el problema que tenían, no van a crear un problema al problema que vinieron a solucionar. Entonces, el proceso tiene que ser protegido por todos sin que eso suponga que lo van a defender [...] a su posición.

Entonces, un laudo para que no sea anulado, tiene nuevamente que cumplir con todos los requisitos de ley, tienen que respetarse todos los derechos de las partes y también debe cuidar de que el tribunal haya sido bien constituido.

Parece ser una fórmula bastante compleja esto del éxito del arbitraje, pero no creo que sean tantos requisitos, sino que creo que todos inciden en lo mismo, en que el proceso sea impecable y en que ni el laudo ni el proceso tengan errores.

Otro punto para que resulte exitoso un arbitraje, es que sea célere y que su decisión sea emitida en el momento oportuno, de nada me sirve un arbitraje originado por una ampliación de plazo que demore cuatro años en ser solucionado, porque, para entonces, el colegio, la obra, lo que sea que estaba ejecutando, ya no me sirve. Es muy probable que la ampliación de plazo ya haya perdido la finalidad para la cual fue solicitada.

Entonces, yo creo que éstos son, en términos generales —salvo que me falte algún punto adicional— los elementos mínimos para poder calificar un arbitraje como exitoso.

Pero, bueno, para tener un laudo y un proceso limpios, pues tenemos que ir nuevamente a los actores, es decir, al tribunal arbitral y a los abogados o a las partes; y, en términos de Francisco González de Cossío, éstos tienen que ser buenos. No es para ahondar en sí misma en esta idea metafísica, pues, platónica o no, tienen que ser buenos realmente en lo que se refiere a términos legales y a términos de buena fe.

¿Desde qué óptica para los árbitros estamos ante un proceso exitoso? Vamos a repetir muchos de los requisitos que les he mencionado hace unos minutos; los árbitros van a compartir casi todos éstos, pero, adicionalmente, entenderán que un laudo es exitoso, si es que se lograron neutralizar las malas prácticas, porque ése es uno de los problemas más difíciles en contratación pública. Esto a veces es repetitivo y, aunque las partes y el mercado quieran vendarse los ojos, en realidad, existe y es muy sensible de percibir. Entonces, los árbitros tienen que neutralizar justamente eso, para hacer que el proceso alcance su fin.

Luego, si la decisión que se emitió no es impugnada —no me refiero a términos de anulación, sino me refiero al ejercicio mismo del derecho de acción—, si yo emito un laudo y éste no es impugnado, no es llevado a anulación, y no me estoy refiriendo a los requisitos, me estoy refiriendo a tan sólo el hecho de haber satisfecho a ambas partes en la necesidad que tenían de resolver su controversia.

Para un árbitro, esto va a ser exitoso porque quiere decir que lo que decidió y sustentó, fue tan claro para ambas partes, que ha satisfecho las expectativas de las dos de forma muy clara, al punto que ni siquiera como estrategia procesal están pensando en solicitar la anulación del laudo.

Eso no quiere decir que las partes no deban utilizar las herramientas legales que poseen. Sabemos que, en algunos casos, algunas entidades públicas les piden cierta diligencia debida a los procuradores para interponer algunas acciones o que los tildan de poco diligentes, si es que no las inician.

Felizmente, la norma —y esperemos que en esto tenga éxito— ha introducido la necesidad de este análisis costo-beneficio para entrar en el proceso de anulación de laudo, con lo cual, yo creería que tanto como hay la posibilidad de que se les acuse de poca diligencia, también podría haber la posibilidad de acusarlos de negligentes, si es que lo interponen y, para ello, el laudo debe haber sido no solamente correctamente decidido, sino también correctamente sustentado. Entonces, eso también es un logro en términos arbitrales para calificar un proceso de exitoso.

Pero, encima de esto, como veo las decisiones de los árbitros, yo añadiría un alimento adicional para calificarlo de exitoso. Muchos hemos escuchado este ejemplo de la viuda, quizás en alguna clase de derecho o en algún evento, es este ejemplo típico en el cual un juez tiene la posibilidad de, mediante alguna herramienta procesal, evitar que una viuda de ochenta y tantos años, sea desalojada del departamento porque ha incumplido varias mensualidades, qué sé yo; la señora tiene una enfermedad grave, qué sé yo, y el juez, después de cuatro años de proceso, finalmente, se da cuenta de que por una herramienta procesal puede anular el proceso, volver a fojas cero y con eso darle algunos años más de vivienda a la pobre anciana.

Esto que a muchos alumnos de derecho les hizo levantar la mano a favor de proteger a la vulnerable anciana, pues, en realidad, deja en el desamparo a todas las pobres ancianas que están buscando alquiler, porque hubo una decisión judicial que [...].

Luego de una decisión de ese tipo, el mensaje al mercado es que todos los que tienen inmuebles o van a evitar alquilarle a ancianas, o

van a alquilarles a un costo tan alto que va a hacer que éstas no puedan acceder a un alquiler, es decir, las decisiones son un mensaje al mercado, son de algún modo reguladores, desincentivadores de conductas que deben ser reprimidas y que no deben ser repetidas.

Entonces, si un laudo arbitral, al menos en contratación pública es un laudo público, es colgado en el Seace, tiene la claridad de poder solucionar un conflicto; y, a la vez, da un mensaje al mercado de que estas conductas no deben repetirse, entonces, el laudo es exitoso.

No tenemos en la sociedad peruana, aunque, en realidad, se está mejorando mucho la cultura de investigación; pero, si uno se pone a leer tranquilamente la base de datos de laudos que hay de contratación pública o algunos de materia civil, que están en la web, uno se va a dar cuenta de que algunas controversias ya no deberían entrar a arbitraje, sin embargo, todavía existen.

Basta con que uno vea unos diez laudos al respecto y se va a dar cuenta tranquilamente de que no deberían contradecir una posición que ya está casi pacíficamente decidida. No obstante, las decisiones arbitrales no generan jurisprudencia. Pero, entonces, si logramos los árbitros dar un mensaje al mercado de ese tipo, que desincentive conductas, pues yo creo que también podemos calificar de exitoso un proceso.

Para las partes, yo quería adicionar a lo que han señalado Giancarlo y Leonardo, que no creo que, incluso, perdiendo, una de las partes pueda calificar al proceso como no exitoso porque, incluso, una decisión negativa, puede ser saludable o buena para las partes, incluyendo a la parte que perdió.

Por ejemplo, una ampliación de plazo correctamente decidida, a tiempo; oportuna, permite que la [...] continúe, y la parte vencida va a poder saber si internaliza ese costo, acelera su calendario porque el plazo no se le ha otorgado o si la entidad, luego de esto, pues ajusta los temas

económicos. Finalmente, una decisión, ya sea favorable o desfavorable, va a ser una decisión que va a ser beneficiosa para ambas.

Entonces, en un análisis costo-beneficio, yo creo que, incluso, las decisiones para las partes, aunque sean vencidas, son un elemento positivo para ellas [...]. Algunas entidades —no voy a decir el nombre de la entidad, pero no es en Lima— que algunas veces necesitan una decisión de un tercero para poder proseguir con sus actos, he visto arbitrajes sorprendentemente que tienen documento de recepción, conformidad, y no la pagan, y su argumento es que no tienen presupuesto, «y, ¿por qué vas a arbitraje?». «Porque quiero que por un laudo arbitral me habiliten otra partida».

[...] Bueno, hay a ese nivel; pero, tanto como hay a ese nivel de exageración, también los hay en otros niveles, en donde si bien no es tan claro este absurdo, pues también en lo fino pueden llegar a esa conclusión, necesitan la decisión de un tercero que los ayude a proseguir.

Un tema más para calificar de exitoso un arbitraje para las partes, y esto sí les va a parecer un tema económico, es que si en el análisis costo-beneficio lo que pagué fue correspondido en tiempo y en resultados, es decir, si la decisión con el tiempo por el costo que invertí, pues, finalmente, tiene un resultado positivo.

Bueno, espero no haberlos aburrido con esta relación de requisitos. Yo creo igual que me toca concluir con algunas notas adicionales, un *bonus track*, como dijo Giancarlo, y es que en el proceso arbitral es muy sencillo darse cuenta, tanto por los árbitros como por las partes, de aquellos elementos que no son saludables para el proceso.

Hablamos de los árbitros camiseta, de los árbitros que no trabajan, de las conductas procesales indebidas de las partes [...], aquéllas que ochenta resoluciones [...], etcétera, aquéllas que no pagan los honorarios arbitrales también, ¿sí o no?, porque, claro, es una conducta procesal

[...], y a veces es estrategia conducirse en el proceso con determinados tipos de acciones.

Entonces, todas estas situaciones, todos estos hechos que se van dando en un proceso arbitral, son percibidos por todos, y todos van resumiendo el proceso mentalmente y se llevan algo a la casa, se llevan un mensaje, un mensaje de lo que deben repetir y qué cosas deben cambiar, qué árbitros no deberían nombrar jamás, qué abogados no quisieran toparse nunca más, porque más o menos ya saben de qué pie cojea cada quien, es muy evidente, eso se percibe, se ve en las audiencias, en los escritos, en los procesos.

Así que yo en realidad pediría que, si ustedes buscan un arbitraje exitoso, no solamente esperen que quien tienen al frente se conduzca de forma correcta, sino que ustedes también lo hagan de ese modo, elevar la práctica arbitral, crear buenas prácticas es una tarea, en realidad, para todos.

Con eso concluyo lo que quería compartir con ustedes.

Muchas gracias.

Presentador: Agradecemos la participación del doctor Juan Carlos Pinto; y, finalmente, damos la palabra al doctor Luis Ames Peralta.

Luis Ames Peralta: Bien, estimados, buenas noches.

Sé que es viernes, sé que es tarde, así que vamos a empezar con el tema. Antes que nada, agradecer al Instituto Peruano de Derecho Civil por la invitación y agradecerles a ustedes por estar hasta esta hora.

Ahora, si bien es cierto, mis colegas y amigos han desarrollado el tema del abogado o lo que es el proceso arbitral en sí, yo quisiera ir un poquito antes y, para empezar, felicitarlos porque el hecho de que estén

el día de hoy hasta esta hora capacitándose, me deja claro que están formando un futuro exitoso.

¿Cómo voy a plantear el tema? Con un concepto de éxito, ¿qué entendemos por éxito? Voy a hacer la precisión de que cada uno de nosotros tiene percepciones, y las percepciones son totalmente individuales.

Si yo les preguntara a ustedes, ¿de qué color es la pared que tengo a la derecha, de qué color me dirían que es? ¿Blanca?, ¿crema?, ¿gris?, ¿blanco humo tal vez?

Lo que ustedes me están diciendo en este instante es una percepción individual, ¿quién está en lo correcto? Todos, todos estamos en lo correcto y, por ende, es válido que me digan «blanco», «gris», «blanco humo», «crema». Entonces, lo que estamos haciendo el día de hoy es plantear una percepción acerca de lo que es el éxito en el arbitraje; y, para ello, me permití determinar un concepto de éxito, se refiere al efecto o la consecuencia acertada de una acción o de un emprendimiento.

En el proceso arbitral hay distintos roles, los que han señalado mis colegas, y yo voy a permitirme agregar un par, las instituciones arbitrales, por ejemplo; demandante y demandado.

Brevemente, no se preocupen, vamos a hablar de las instituciones arbitrales. Yo podría plantear desde una percepción individual el éxito acerca de una institución arbitral, yo podría plantear una tesis del porqué se daría el éxito de una institución arbitral. El éxito de esta institución arbitral podría materializarse en tener mayor número de procesos arbitrales, tendría que establecer ciertas acciones para conseguir este objetivo.

No es que yo, por ejemplo, soy multimillonario y quiero invertir en una institución arbitral, construyo un edificio; el mejor de Lima, el edificio más alto. Contrato al mejor personal, el más capacitado. ¿Eso

asegura el éxito de la institución arbitral? ¿Eso asegura que yo tenga el mayor número de casos? ¿Qué creen?

Tal vez asegure que alguna entidad del Estado quiera preguntarme de dónde tengo tanto dinero y promuevan algún tipo de delito por lavado de activos. Tal vez, ya; pero, en realidad, lo que asegura el éxito a modo de tesis, nuevamente planteo lo mismo, es que esta institución arbitral pueda mover o tener su cláusula arbitral en el mayor número de contratos y, si hablamos del Estado, en el mayor número de contratos que tengan que ver con el Estado; y, si hablamos de los privados, en el mayor número de contratos entre privados.

Podría plantearse una estrategia, promover el arbitraje a través de eventos académicos —al finalizar ustedes van a someterse a una institución arbitral, así que el tema voluntario que se está planteando aquí, no, mentira—. No es que yo promueva eventos académicos, solamente para vender una institución arbitral; en realidad, podría ser una estrategia.

Tener una lista de árbitros idóneos, esto es totalmente subjetivo. ¿Qué es idóneo? ¿Qué es bueno? ¿Qué es malo? Volvemos a lo mismo; percepciones; entonces, desde la percepción de esta institución arbitral, analizará cuáles son las condiciones y las características para tener una lista de árbitros idóneos. Procesos rápidos en estructura, es decir, tener reglamentos que permitan que el proceso sea rápido, ágil, sin que se vulnere el debido proceso. Y, tener tarifas competitivas en el mercado. Ésta es una visión de una institución arbitral que sería exitosa.

Un segundo elemento son los árbitros y, nuevamente, me atrevo a plantear un supuesto de éxito, el supuesto de éxito sería que el éxito de un árbitro podría materializarse en ser reconocido y tener prestigio, eso es lo que yo considero como éxito. Otros tendrán otras percepciones. ¿Qué podría hacer al respecto? Realizar labor académica, por ejemplo. Ser empático, no sé si les ha pasado, pero a veces conocen a distintos seres humanos que pareciera que no son muy sociables que digamos.

En la labor arbitral, a modo de consejo, a modo de *bonus track*, como dijeron mis colegas antecesores, tienes que desarrollar tus capacidades de empatía; tienes que de alguna manera desarrollar el tema de inteligencia emocional, yo entiendo, tenemos días buenos, tenemos días malos; todos tenemos problemas, todos tenemos cosas, y hay días que nos pasa y otros días que no; pero sí, a modo de consejo, es importante desarrollar la empatía.

¿Por qué? Porque somos sociables; el ser humano es un ser social, no vivimos en una burbuja y, en la medida que podamos, tenemos que seguir avanzando de manera positiva. Velar por el debido proceso y tener en cuenta los laudos que emitimos como árbitros, ya que los laudos, si hablamos de temas de contrataciones con el Estado, están en el ojo público. Hay que tener mucho cuidado con los asistentes que buscamos porque, muchas veces, valgan verdades, así no lo queramos aceptar, de repente oficialmente, la gran mayoría de árbitros tienen asistentes que les trabajan los laudos, y muchas veces los asistentes desarrollan una teoría o una tesis, y el árbitro, porque confía en demasía en este personaje denominado «asistente», podría cometer un error. Así que hay que tener cuidado con los laudos que vamos a desarrollar. Bueno, y el clásico cliché sobre que es importante también la constante capacitación y estar actualizados. Eso es primordial.

Ahora, a modo de conclusiones, en el escenario del demandante y el demandado, y si yo estoy en un proceso arbitral o tengo una controversia, lo primero que tendría que analizar es, «¿voy o no voy a un arbitraje?».

Es lo lógico, a los abogados y a los árbitros les conviene. «Sí, vayan a un arbitraje»; pero, ¿qué tan bueno es eso? Ahí va el tema de costo-beneficio que mencionó Juan Carlos, ¿realmente voy a ganar? Si yo soy abogado, ¿realmente estoy siendo sincero con mi cliente? ¿Estoy creando falsas expectativas? «No, el tema de indemnizaciones por daños y perjuicios en contrataciones del Estado, hay casuística, hay antecedentes, hay

precedentes vinculantes, donde todos los árbitros del Perú lo declaran fundado» ¿Es cierto eso? No es cierto, pues, estamos engañando al cliente por tener la intención de captar un cliente y tener un caso más. Entonces, hay que ser responsables sobre ello. Ahora, una vez que tomemos el caso, vamos a ganar, vamos a perder y, a partir de ahí, no crear falsas expectativas en el cliente.

Entonces, este abogado que busca el demandante o el demandado, tendría que ser un abogado experimentado y capacitado porque sí, es importante, hay diversas especialidades en el derecho, es bueno tomar en cuenta que el tema de contrataciones con el Estado y el arbitraje son especialidades y requieren tener especialistas.

Ojo, estoy hablando del sector privado; estoy hablando de proveedor; estoy hablando del Estado. Sé que están viniendo a este evento entre ayer y hoy abogados que defienden entidades del Estado, entonces, siempre es importante ser consecuente y lógico acerca de si realmente es positivo o no estar en un arbitraje.

Finalmente —he sido veloz, estamos llegando al final—, yo me permito hacer algunas recomendaciones que debe tener como características un abogado en un proceso arbitral.

Sinceridad para decirle al cliente si puede conseguir o no sus pretensiones, el cliente puede querer un millón de cosas; pero, ¿realmente cuenta con medios de prueba suficientes para materializar sus intereses? O sea, si no tienes la documentación adecuada, recuerda que ahí vas a estar en el escenario que han planteado mis colegas; vamos a tener un tribunal arbitral que va a resolver tu pretensión; va a resolver tu controversia. ¿Les das los elementos necesarios? ¿Cuentas con los elementos necesarios? «No, pero a mí me dijeron, podría ser que no sé qué». Si no cuentas con la documentación que acredite, lamentablemente, el tribunal, por más cosas que sucedan, no puede resolver a tu favor.

Ser diligente en el desarrollo de las actuaciones arbitrales, desde un punto de vista nuevamente muy personal. ¿Qué implica ser diligente? Estudiar el caso, prepararnos realmente para asumir la defensa de este caso, ir a las audiencias.

A veces pasa que solicito una reprogramación porque no ha venido el gerente, porque tengo que hacer tal o cual cosa, como una sugerencia; ir a las audiencias.

Si no las puedes reprogramar, tienes que ir a las audiencias; presentar los escritos de manera motivada y en el tiempo que correspondan.

Sí, porque el clásico pedido de «solicito un plazo adicional para presentar la demanda», luego de que tú pactaste en el acta de instalación o en la orden procesal, cuando tuviste la oportunidad de expresar y decir: «los diez días que me están otorgando para presentar la demanda no van a ser suficientes, así que solicito cinco días adicionales». «Solicito diez días más» o, en algún momento, «solicito treinta días adicionales».

«Bueno, vamos a ver si la contraparte está de acuerdo». «Vamos a ver si es que no están de acuerdo las partes». El tribunal resuelve sobre el plazo; entonces, si necesitas más días, un buen consejo es solicitarlo en la audiencia de instalación, no lo pidas después.

Y, finalmente, ser responsables en aceptar las consecuencias de sus actos y no trasladar esa responsabilidad a la autoridad arbitral; es decir, si yo no tuve las capacidades como profesional al que le encargan la defensa en un proceso arbitral, o no fui lo suficientemente diligente en presentar una demanda cuando tenía que presentarla; en decirle a mi cliente que iba a perder el caso o en decirle que si no tenía la documentación, sus pretensiones, simplemente, no iban a ser fundadas, no puedo terminar diciéndole: «No, lo que pasa es que el tribunal es malo», o «el árbitro es malo y, lamentablemente, perdió»; a última hora, cuando tenías que haber sido sincero desde un principio.

Entonces, estas variables me llevan a concluir que un abogado dentro de un proceso arbitral con esas características, terminaría convirtiéndose en un abogado exitoso.

Estimados señores, a nadie le gusta perder o ¿a alguno de ustedes le gusta perder? No, pues, bueno, los que son casados; las esposas. Bueno, ya perdiste; pero, bueno, en realidad a nadie le gusta perder, entonces, si vamos a un proceso, la idea es ganar y, si vamos a ganar, claro, entramos en el análisis de Leonardo y Juan Carlos, ¿qué es ganar?

Obviamente, para algunos ganar será no ir a un proceso arbitral; para otros ganar será conseguir lo que quiero y ganar mucho más, será conseguir la expectativa que tenía y más.

Entonces, eso sería todo por hoy estimados, agradecerles nuevamente por su participación y su asistencia.

Muchas gracias.

Presentador: Agradecemos la participación de los doctores Leonardo Chang, Luis Ames, Juan Carlos Pinto y Giancarlo Peralta; y a continuación, en nombre del Instituto Peruano de Derecho Civil y del Instituto de Investigación Jurídica, les otorgamos estos certificados.

IX. LA SUPERVISIÓN DE OBRAS: LA MATERIALIZACIÓN DE UNA POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN COMO HERRAMIENTA DE GESTIÓN CONTRACTUAL

REFLEXIONES SOBRE SU NATURALEZA, OBJETIVOS Y ACTUALIDAD EN LA LEY N.º 30225 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

*Juan Miguel Rojas Ascón¹
Jairo Hernández Alvarado²*

Sumario: 1. Introducción.— 2. La potestad de dirección y control de la entidad en el contrato administrativo.— 3. La figura de la supervisión como herramienta de gestión contractual.— 4. La supervisión de obra en la Ley de Contrataciones del Estado peruano: nociones elementales.— 5. La supervisión en la Ley n.º 30225 - Ley de Contrataciones del Estado y sus últimas modificatorias (Decreto Legislativo n.º 1444).

1. INTRODUCCIÓN

En un contrato de obra, ya sea público o privado, resulta legal, económica y técnicamente elemental que se efectúe un control de las actuaciones

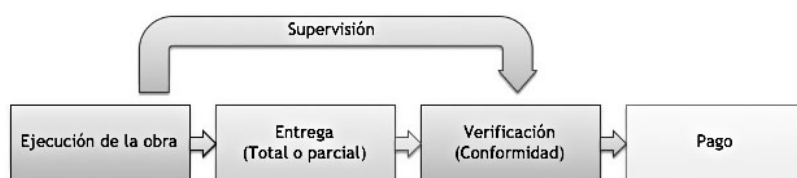
¹ Posgrado en gerencia de proyectos de infraestructura en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas-UPC. Máster en contratación pública por la Universidad Castilla La Mancha-España. Árbitro SNA-OSCE, árbitro CIP. Maestría de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú; con especialización y posgrados en derecho civil, contratación pública, arbitraje internacional y arbitraje de inversión en la Universidad de los Andes de Chile, Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad del Pacífico. E-mail: jmrojas@pucp.pe.

² Abogado de la Universidad de San Martín de Porres. Especializado en Contrataciones con el Estado, Derecho Público y Derecho Civil Patrimonial.

del ejecutor por parte del comitente³; y la razón de ello resulta obvia: sólo la satisfacción por lo ejecutado genera (de manera ordinaria) los efectos económicos deseados: la adecuada construcción de una obra y la efectiva contraprestación (pago) por ello.

En ese sentido, la supervisión es una herramienta que, conjuntamente con la conformidad de las prestaciones, coadyuva al comitente a asegurarse de la correcta ejecución de las obligaciones contractuales encomendadas.

Por consiguiente, nos encontramos en un escenario de carácter estrictamente patrimonial donde el «circuito sinalagmático de prestaciones», sigue la siguiente secuencia básica:



³ Al respecto, el Código Civil peruano en el art. 1777, establece lo siguiente: «El comitente tiene derecho a inspeccionar, por cuenta propia, la ejecución de la obra. Cuando en el curso de ella se compruebe que no se ejecuta conforme a lo convenido y según las reglas del arte, el comitente puede fijar un plazo adecuado para que el contratista se ajuste a tales reglas. Transcurrido el plazo establecido, el comitente puede solicitar la resolución del contrato, sin perjuicio del pago de la indemnización de daños y perjuicios».

Por otro lado, el art. 186 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente, establece:

«Durante la ejecución de la obra, se cuenta, de modo permanente y directo, con un inspector o con un supervisor, según corresponda. Queda prohibida la existencia de ambos en una misma obra. El inspector es un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por esta, mientras que el supervisor es una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin. En el caso de ser una persona jurídica, esta designa a una persona natural como supervisor permanente en la obra».

Sin embargo, la mencionada ecuación goza de un cariz particular en el ámbito del derecho público, teniendo en cuenta el objeto esencial del contrato administrativo: el llamado «interés general» o «interés público»;⁴ es a partir de esta institución que la figura de la supervisión cobrará determinados matices particulares, haciéndolo diferente a su contraparte del derecho privado.

Aunado a ello, la normativa especial de la materia para estos efectos (la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y demás dispositivos vinculados) regula esta figura adaptándola para sus estrictos fines, teniendo en cuenta la especialización y envergadura de las obras que se ejecutan en virtud de ese marco legal y la rigurosidad necesaria para asegurar su correcto cumplimiento.

En ese sentido, resulta indispensable analizar su actualidad legislativa para comprender su utilidad práctica y relevancia como herramienta de gestión contractual; sin embargo, será su naturaleza primigenia como potestad de la administración la que nos dará una visión mucho más relevante sobre sus características, motivaciones y objetivos esenciales.

⁴ En atención a dicha institución, Héctor Escola define sus ideas generales conforme los siguientes alcances: «[El interés público es] El resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos». En *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires, *Revista de Derecho Público*, n.º 10, pp. 249-250.

2. LA POTESTAD DE DIRECCIÓN Y CONTROL DE LA ENTIDAD EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Tal como se advirtió previamente, el interés público en el ámbito del contrato administrativo es un elemento determinante para forjar el sentido de todas sus instituciones; y ello no es gratuito, ya que éste se encuentra irrestrictamente vinculado al objeto contractual que relaciona a las partes.

En ese sentido, nos encontramos en un escenario en donde la ejecución de una obra, la entrega de un bien o la prestación de un servicio trasciende los beneficios patrimoniales que *a prima facie* le interesarían al comitente, ya que los objetivos y consecuencias económico-sociales de las mismas, gozan de un protagonismo incidente y primordial en las razones del porqué, cuándo y cómo se contrataron.

Es así que, por ejemplo, la construcción de un hospital no sólo será relevante por el impacto patrimonial de tener dicha infraestructura, sino, principalmente, por la mejora en la calidad de vida de los ciudadanos que se beneficiarán por los servicios que se brindan en éste. En esa misma medida, la construcción de una carretera no sólo debe valorarse por su calidad de infraestructura vial, sino, principalmente, por permitir la interconectividad en el interior de un territorio, y con ello los beneficios comerciales, sociales y demás, directa o indirectamente asociados.

En ese orden de ideas, Morón Urbina resalta la relevancia del interés público en los contratos administrativos en mérito de los siguientes argumentos:

El contrato administrativo tiene como objetivo servir de instrumento para alcanzar el fin público relevante de realización inmediata o directa que se incorpora como finalidad del contrato (por ejemplo: infraestructura, salud, educación).

El interés público es causa del contrato y la regulación persigue la previsibilidad de la ejecución para evitar incumplimientos y buscar el mejor valor por dinero.⁵

Es así que la relevancia del interés público en el marco del contrato administrativo ha empujado al sistema (legisladores, estudiosos de la materia y estamentos públicos) a la necesidad de generar diversos mecanismos que aseguren su correcto alcance, caso contrario se estaría subestimando no sólo su importancia como concepto, sino también su relevancia como dimensión práctica de la contratación pública.

Es en esas circunstancias que se creó la institución de las prerrogativas exorbitantes⁶ (también llamadas potestades exorbitantes), las mismas que se constituyen como una herramienta dirigida a asegurar la consecución del objeto del contrato, a partir de diversas figuras⁷ que posicionan de manera privilegiada a la entidad contratante y le permite efectuar una gestión contractual conforme a los intereses públicos que esta cautela. En ese sentido, se sacrifica el «equilibrio contractual» para garantizar el alcance de los fines públicos del contrato.

Es a raíz de dicho escenario que se forja la idea de la prerrogativa de dirección y control, cuya misión esencial no sólo es otorgarle la potestad

⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 59.

⁶ Para Brewer Carías, las prerrogativas exorbitantes se definen como una “*manifestaciones del poder de la acción unilateral propio de la Administración Pública, y sólo son desacostumbradas en los contratos comunes*”. BREWER CARÍAS, Allan. *Contratos administrativos*. Caracas: Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos n.º 44, p. 47.

⁷ Entre alguna de esas figuras se encuentran la prerrogativa del *ius variandi*, resolución unilateral del contrato, interpretación unilateral del contrato, entre otras; para mayor abundamiento recomendamos la lectura de la siguiente investigación: HERNÁNDEZ ALVARADO, Jairo. *Las prerrogativas exorbitantes de la administración en la fase de ejecución contractual en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento*. Disponible en <http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/3302/3/hernandez_ajk.pdf, 2018>.

a la administración contractual de supervisar la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista —tal como sucede en el ámbito privado—, sino también la posibilidad de efectuar mandatos vinculantes a éste, según su propio criterio y bajo los parámetros legales del caso.

Esta potestad (que es la idea base de la figura de supervisión de obra) goza de una mayor relevancia en los contratos de servicio y ejecución de obras; es decir, en los contratos de ejecución continuada; ello se basa, esencialmente, en la naturaleza de estos tipos de contratos y posibilidad de un control en base a su ejecución sostenida. Por otro lado, resulta complicada la idea de aplicar ésta en contratos de entrega de bienes, teniendo en cuenta que las prestaciones se ejecutan en manera instantánea.

Respecto de su conceptualización, Morón Urbina desarrolla la idea general de la mencionada prerrogativa según la siguiente idea:

Consiste en la potestad de la entidad contratante para disponer, en cualquier momento de la ejecución contractual de medidas específicas para inspeccionar, vigilar y supervisar la regularidad de las actividades del contratista constitutivas de las prestaciones contractuales, y, en caso necesario, dictar las órdenes y los correctivos necesarios que deben ser implementados por el contratista bajo apercibimiento de penalidad u otro tipo de sanción [...].⁸

Si bien la anterior cita nos brinda detalles importantes sobre su naturaleza, serán sus características las que verdaderamente nos llevarán a comprender su funcionalidad y estamentos esenciales; esto resulta relevante ya que éstas serán aplicables para herramientas derivadas de esta potestad, como es la propia figura de la supervisión de obra.

⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. «Las prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: Un desafío contemporáneo en la contratación estatal», 2013.

Como primera característica, nos encontramos con un detalle ya señalado previamente, vinculado a su aspecto objetivo-práctico: la concepción de esta prerrogativa no tiene otra meta que asegurar la consecución de los fines públicos de cada contrato, por lo cual toda intención de emplearla para otras finalidades, no resultaría legítima.

Por consiguiente, esta primera característica da pie a que en el ámbito de los contratos administrativos, se brinde una relevancia jurídica a intereses diferentes a los patrimoniales, a diferencia de la regulación actual en el derecho privado.

La segunda característica tiene vinculación con el margen de actuación que tiene la entidad con esta prerrogativa: por ejemplo, en el derecho privado, el comitente sólo podrá inspeccionar las actuaciones vinculadas al contrato. En cambio, en los contratos administrativos la entidad contratante no sólo tendrá un rol de inspector en resguardo del cumplimiento de las prestaciones pactadas entre las partes, sino también la potestad de imponer modificaciones sobrevinientes a lo pactado, con lo cual la discrecionalidad de la entidad resulta mucho más abierta en comparación a su contraparte civil.

Trasladando la mencionada idea a los contratos públicos de obra, resulta posible que una entidad contratante pueda requerir al contratista la ejecución de prestaciones adicionales,⁹ las mismas que pueden ser

⁹ En virtud de dicha figura, la Opinión n.º 043-2017/DTN, determina sus estamentos elementales en atención a los siguientes alcances:

«Si bien la normativa de contrataciones no prevé, de manera expresa, como causales de procedencia para las prestaciones adicionales la configuración de hechos extraordinarios o imprevisibles, sí señala que dichas prestaciones se puedan dar de manera excepcional. Para tal efecto, la normativa ha previsto que durante la ejecución del contrato, la entidad cuente con las herramientas necesarias para atender una eventual inviabilidad del proyecto o hacer frente a determinadas circunstancias ajenas a la voluntad de las partes que, como única solución, exijan la ejecución de determinadas prestaciones —no contenidas en el

motivadas o advertidas por un inspector o supervisor de obra en una labor cotidiana de supervisión de la obra.

La tercera característica, relacionada al punto anterior, tiene que ver con el carácter sancionador de la administración al respecto del incumplimiento de las órdenes devenidas de su acción de vigilancia: el contratista, de no acatar los mandatos o correctivos advertidos por la entidad, lo deja expuesto a recibir sanciones o penalidades, las mismas que tienen un soporte legislativo y/contractual según la normativa materia de estudio.¹⁰

contrato original— para alcanzar el interés principal de la administración, que es la satisfacción de sus necesidades y, con ella, la realización del interés público.

En esa medida, la normativa considera las prestaciones adicionales como aquellas entregas de bienes y servicios que no estaban originalmente consideradas en las bases integradas, la propuesta presentada o el contrato (no pactadas); sin embargo, éstas resultan necesarias para que se cumpla con la finalidad del mismo. Siendo así, la entidad está facultada para requerir prestaciones adicionales, a fin de hacer frente a determinadas circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, lo que supone la ejecución de nuevas prestaciones o prestaciones diferentes a las originalmente pactadas, siempre que el contrato se encuentre vigente y no se supere el 25% del monto del contrato original».

¹⁰ Respecto de las penalidades que pueden preverse en un contrato en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, la Opinión n.º 151-2017/DTN introduce los siguientes alcances:

«En primer lugar, corresponde señalar que, en el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, el incumplimiento del contrato puede determinar la aplicación de penalidades al contratista y/o la resolución del contrato.

Al respecto, es importante indicar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 132 del Reglamento, el contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las cuales deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la contratación.

Asimismo, el citado artículo dispone en su segundo párrafo que, «La entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades».

En esa medida, se advierte que las penalidades previstas en la normativa de contrataciones del Estado son: la «penalidad por mora en la ejecución de la prestación» y «otras penalidades», las cuales se encuentran reguladas conforme a lo establecido en los artículos 133 y 134 del Reglamento, respectivamente.

Finalmente, la cuarta característica está relacionada a su aplicación obligatoria en el sistema; es así que, por ejemplo, en el Código Civil se establece a la potestad de inspeccionar una obra como un derecho del comitente; en cambio, las disposiciones específicas de la Ley de Contrataciones del Estado determina que la supervisión de una obra es un deber de la entidad, a tal punto que sin ésta es imposible iniciar la ejecución de una obra;¹¹ esta disposición se encuentra orientada como un resguardo —o aseguramiento— de la correcta ejecución de las prestaciones.

Por otro lado, un detalle no menor y que fue esbozado tenuemente en los anteriores puntos, es que el ejercicio de la prerrogativa de dirección y control —y, en general, toda prerrogativa— no resulta ser una potestad o poder fáctico de la entidad de carácter ilimitado, ya que su legitimidad y posibilidad de aplicación depende exclusivamente del principio de legalidad;¹² es decir, los márgenes en los cuales podrá ser

Adicionalmente, cabe precisar que la finalidad de establecer dichas penalidades es desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la entidad por el perjuicio que le hubiera causado tal incumplimiento o retraso en la ejecución de las prestaciones a su cargo».

¹¹ Recalamos que diversas opiniones del OSCE han establecido que no es necesario la concurrencia de todos los presupuestos necesarios —según la norma— para la ejecución de la obra; es así por ejemplo que la Opinión n.º 012-2018/DTN establece que «Si bien el inicio del plazo de ejecución de obra se encuentra supeditado al cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 152 del Reglamento; el contratista —en una decisión de su exclusiva responsabilidad— puede comenzar con los trabajos propios de la obra, aun cuando se encuentre pendiente el cumplimiento de alguno de los requisitos antes mencionados, siempre que su ejecución sea físicamente posible y técnicamente viable para lo cual es imprescindible haberse hecho entrega del terreno». Sin embargo, somos de la opinión que la presencia y labor de la supervisión de una obra es indispensable para la correcta ejecución de esta, en mérito de los argumentos del presente trabajo.

¹² Respecto a este principio, Ramón Huapaya Tapia advierte que toda potestad de la administración debe someterse a las disposiciones del ordenamiento jurídico, conforme a lo siguiente: «Para dichos efectos, tal como hemos comentado, esta potestad exorbitante deberá ejecutarse tomando en cuenta los límites a los cuales el ordenamiento jurídico positivo la someta, el cual habilita a su utilización en

aplicado, deberán estar previstos anticipadamente en la normativa, sin perjuicio de que las disposiciones normativas en cuestión deberán resguardar los matices correspondientes a su naturaleza más elemental; es decir, no debe producirse una desfiguración de su objeto ni finalidad.

Finalmente, es igualmente relevante abordar los ámbitos en donde se desarrolla esta prerrogativa en los contratos administrativos; es decir, los aspectos fácticos en los cuales se produce la verificación y control de la entidad contratante sobre las prestaciones ejecutadas por el contratista:

Aspecto material.- Verificación del cumplimiento de las prestaciones pactadas entre la entidad y el contratista.

Aspecto técnico.- Verificación de la ejecución de las prestaciones acorde a las especificaciones técnicas previstas (normas técnicas, planos, calidad de materiales, entre otros).

Aspecto financiero.- Verificación del cumplimiento de lo pactado en relación al campo económico (contable) de las prestaciones (pago de planillas, tributos, pago a proveedores, entre otros).

Aspecto legal.- Verificación del cumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato y de las disposiciones legales pertinentes (no solamente relacionadas al marco legal de las contrataciones públicas, sino también aquéllas relacionadas a derechos laborales, obligaciones medioambientales, entre otras).¹³

forma expresa en atención al principio de legalidad, con lo cual entenderemos que sólo podrá ser utilizada cuando se prevea legislativamente». HUAPAYA TAPIA, Ramón. «Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura». *Ius et Veritas*. Lima, n.º 46, p. 9.

¹³ Para mayor abundamiento sobre este punto, recomendamos de BERCAITZ, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 308 y ss.

Teniendo claro cómo es que opera esta prerrogativa general de la administración, corresponde ahora aterrizar sobre el análisis de una de sus figuras donde se representa: la supervisión de obra.

3. LA FIGURA DE LA SUPERVISIÓN COMO HERRAMIENTA DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Preliminarmente, la supervisión de obra en el marco de la normativa de contratación pública se define como aquella actividad de carácter técnico-legal ejecutada por una persona natural o jurídica, cuya labor central es la de vigilar, inspeccionar e inclusive establecer mandatos a nombre de la entidad hacia el contratista ejecutor de obra; estas actividades, previstas en la ley y en el contrato, son dirigidas a asegurar la correcta consecución de esta última.

Es en dichos alcances que la labor del supervisor no es sólo el de ser un «veedor» externo de las actividades del ejecutor de obra, sino también el de garante de la adecuada construcción de la infraestructura, vinculándolo con la obra al punto de atribuirle un nivel responsabilidad relevante sobre éste.

En ese sentido, la Opinión n.º 44-2018/DTN establece lo siguiente:

Por su parte, el artículo 160 del Reglamento precisa que a través del supervisor la entidad controla los trabajos realizados por el ejecutor de la obra, siendo aquél el responsable de velar de forma directa y permanente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato. (Resaltado agregado).

Por otro lado, es importante disociar una situación fáctica de nuestro contexto nacional sobre esta materia: la supervisión de una obra en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado se efectúa bajo dos

modalidades o figuras diferentes: mediante un supervisor o un inspector, siendo las diferencias entre ambos claramente establecidas en la misma norma.¹⁴

Es así que la Opinión n.º 010-2017/DTN resume la naturaleza y desigualdades de ambos bajo los siguientes alcances:

En ese contexto, se puede distinguir que el inspector es un profesional, funcionario o servidor de la entidad, expresamente designado por ésta, como el responsable de controlar de manera permanente y directa los trabajos efectuados por el contratista de la obra, mientras que el supervisor puede ser una persona natural o jurídica, especialmente contratado para dicho fin, siempre que el valor de la obra a ejecutarse sea igual o mayor al monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo.

Por lo expuesto, en un sentido estrictamente funcional, la supervisión de una obra efectuada por un supervisor o un inspector deberá realizarse bajo los mismos criterios (sin perjuicio de las consideraciones técnicas particulares de cada caso); al margen de lo anterior, es importante considerar la razón del porqué se produce esa distinción, y no es otra que el nivel de especialidad y responsabilidad que se busca establecer en mérito de la envergadura de la obra, la misma que es discernible a partir de su cuantificación.

Es en esa medida que el artículo 186.2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que: «Es obligatorio contratar un supervisor cuando el valor de la obra a ejecutar sea igual o mayor al monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo».

¹⁴ Artículo 186 y siguientes del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Siguiendo esa disposición, el inciso a) del artículo 17 de la Ley n.º 30879-Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2019, señala que «Cuando el monto del valor referencial de una obra pública sea igual o mayor a S/ 4'300,000.00 (cuatro millones trescientos mil y 00/100 soles), el organismo ejecutor debe contratar, obligatoriamente, la supervisión y control de obras».

Por consiguiente, se atribuye un mayor nivel de «confianza y compromiso» para el contratista privado «profesionalizado» en la supervisión de obras, a comparación de un funcionario o servidor de la misma entidad que cumpla el papel de inspector; siendo dicha lógica razonable en mérito de los beneficios económicos (es mucho más viable que una persona jurídica respalde económicamente sus actuaciones), técnicos (al ser un especialista en dichas labores, le precede una reputación y especialización) y prácticos (la entidad sólo tendría que abocarse y dejarse guiar por un supervisor que, a grandes rasgos, es un tercero imparcial y especializado en la materia) del caso.

Aclarada la situación fáctica antes explicada, corresponde a continuación abordar el significado general de dicha figura desde una perspectiva jurídico-contractual, y a partir de ello, trasladarnos a su aspecto funcional; en ese marco, Morón Urbina pretende definirla conforme a lo siguiente:

El contrato de supervisión, de inspección o de interventoría tiene por objeto que una persona, independiente de la acción política o administrativa de la entidad y, especialmente, calificada en gestión de obras públicas, ejecute —en nombre de la entidad contratante— el proceso dinámico y continuo de control, seguimiento y evaluación de las actividades del ejecutor de la obra, representando los intereses públicos a los que se dirige la construcción o concesión.

[...]

El contrato de supervisión posee como principales características jurídicas ser un contrato de prestación de servicios calificado, ser un contrato principal, autónomo, pero conexo a otro, generalmente de obra o de concesión; y, con respecto de las obras públicas, ser un contrato obligatorio.¹⁵

Respecto de esto último, precisamos que el inspector es aquel profesional de la entidad que efectúa labores de supervisión de una obra, siendo sus prestaciones, responsabilidades y derechos, las previstas en la normativa de la materia y el contrato que lo vincula con la entidad; respecto de esto último, no existe una disposición normativa específica sobre el tipo de relación contractual que debe tener éste con la entidad (contrato de servicios bajo la normativa de la LCE, Contrato Administrativo de Servicios (CAS) u otro), por lo cual ello no resulta relevante en este ámbito.

Por otro lado, el supervisor de obra es aquella persona natural o jurídica que efectúa labores de supervisión de una obra, siendo sus prestaciones, responsabilidades y derechos las establecidas en la normativa de la materia y el contrato que lo vincula con la obra.

Respecto de la cita anterior, discrepamos amablemente en lo referido a la calidad de contrato principal que el maestro peruano antes citado, atribuye al contrato de supervisión, dado que existe un contrato principal en dicho escenario que es el de ejecución de obra, el contrato de supervisión se determinaría como un contrato accesorio a éste, ya que su existencia y características dependerán de que el primero se sostenga en el tiempo o no sufra modificaciones. En ese sentido, no hay supervisión si no hay obra, y todo cambio que afecte a este último, incidirá (generalmente) en el otro.

¹⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 163.

En dicho sentido, la Opinión n.º 044-2018/DTN concuerda con nuestra afirmación conforme a lo siguiente:

De esta manera, si bien el contrato de supervisión es un contrato independiente del contrato de obra —en tanto constituyen relaciones jurídicas distintas—, ambos se encuentran directamente vinculados en virtud de la naturaleza accesorio que tiene el primero respecto del segundo. Esta relación de accesoriedad determina que los eventos que afectan la ejecución de la obra, por lo general, también afectan las labores del supervisor

Como se aprecia, la naturaleza accesorio que tiene el contrato de supervisión respecto del contrato de obra —naturaleza que se origina en la obligación que tiene el supervisor de velar de forma directa y permanente por la correcta ejecución del contrato de obra— implica que el supervisor ejerza su actividad de control durante todo el plazo de ejecución (y la recepción), incluso si el contrato de obra original sufre modificaciones.

Aterrizando al aspecto funcional, Morón Urbina define algunas de las obligaciones del supervisor de obra conforme a los siguientes puntos:

Son obligaciones del supervisor:

- Previo al inicio de la obra, revisar los documentos relacionados con el terreno, estudios e investigaciones, permisos, trámites oficiales; reconocer el lugar de la obra, etc.
- Velar porque el cumplimiento de la obra esté bajo el concepto con el que fue diseñado, indistintamente de las circunstancias o inconvenientes que puedan presentarse durante el desarrollo de la misma.
- Controlar la maquinaria empleada, la idoneidad del personal, ensayos y pruebas de laboratorio, exigir medidas de seguridad en la obra.
- Revisar valorizaciones, calcular reajustes, elaborar y tramitar los presupuestos adicionales y reajustes, así como los presupuestos deductivos.

- Coordinar y vigilar el correcto desempeño de la obra, de manera que todas las actividades se realicen bajo el total cumplimiento de las normas y especificaciones técnicas y de seguridad, siguiendo así lo mejor posible el diseño elaborado en los planos del proyecto.
- Proporcionar indicaciones oportunas, eficaces y aptas, en su calidad de asesor.
- Velar que el desarrollo de la obra se realice bajo el presupuesto, costos y los tiempos calculados para la misma o a lo sumo lo más parecido a dicha proyección.
- Revisar los contratos y los conocimientos técnicos responsables de los contratistas.
- Recabar todo tipo de documentos generales de consulta y control.
- Realizar el debido control de calidad en materiales, maquinaria y equipos dispuestos para el proyecto.
- Recomendar a la administración las medidas que corresponda adoptar (aprobar o rechazar adicional, aplicación de penalidades, ampliaciones de plazo, resolución del contrato).
- Posteriormente a la recepción de la obra, realizar las pruebas de puesta en marcha, participar en la liquidación, participar en la recepción, revisar la liquidación final y realizar el informe final de la actividad.
- Otros señalados en el ordenamiento (por ejemplo: Reglamento Nacional de Edificaciones) y en el contrato.¹⁶

Las mencionadas funciones, como se advierte, son las que la práctica usual, determinan como las responsabilidades generales del encargado de supervisar una obra; sin embargo, es importante precisar que dichas actividades serán contractualmente exigibles si únicamente se encuentran previstos en la normativa especial y/o en el contrato; es decir, una actividad específica no podrá ser exigible por una «costumbre sostenida en la práctica usual» o por una «diligencia ordinaria».

¹⁶ *Idem*, pp. 165-166.

Sin embargo, es relevante tener en cuenta dichas tareas a fin de entender la naturaleza funcional de la supervisión de obra; y, eventualmente, considerarlas al momento de programar una contratación vinculada a estos tipos de servicios.

4. LA SUPERVISIÓN DE OBRA EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO PERUANO: NOCIONES ELEMENTALES

El presente acápite no tiene la voluntad de ser un recuento histórico de cómo ha evolucionado la figura de la supervisión de obra, sino la de resaltar algunas nociones básicas de la supervisión de obra según nuestro marco normativo especial.

En primer lugar, es necesario recalcar la necesidad de que exista un supervisor o inspector durante la ejecución de una obra; si bien en el anterior acápite se recalcó que se concibe la posibilidad de iniciarla sin alguno de éstos, la realidad lógica y la misma Ley de Contrataciones del Estado nos señala que no existe la posibilidad de que se prescinda total o parcialmente de éstos en una obra. En ese sentido, la Opinión n.º 044-2018/DTN sigue ese parámetro conforme a lo siguiente:

En primer lugar, debe indicarse que el artículo 159 del Reglamento establece que durante la ejecución de una obra debe contarse, de modo permanente y directo, con un inspector o con un supervisor, a elección de la entidad, a menos que el valor de la obra a ejecutarse sea igual o superior al monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo, supuesto en el cual, necesariamente debe contarse con un supervisor de obra.

Es a partir de la misma norma quien nos señala por qué la figura del supervisor o inspector de obra goza de tal relevancia que su presencia en una obra es imprescindible: es el responsable directo de la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra,

del cumplimiento del contrato y de la administración de riesgos¹⁷ que puedan presentarse.

Esto no quiere decir que se busque exonerar de responsabilidad al ejecutor de la obra, sino más bien pretende establecer un marco de responsabilidad solidaria sobre determinados aspectos presentados durante y después de su ejecución; es así, por ejemplo, que resultaría complicado involucrar al supervisor de obra en caso se presenten vicios ocultos, posteriormente a la culminación de la obra, pero sí resultaría viable en caso se advierta una mala ejecución de alguna parte de la infraestructura, ya sea por la omisión en la ejecución de una partida o el inadecuado empleo de algún material en específico.

Es en esa medida que las últimas versiones de la Ley de Contrataciones del Estado (por no decir todas) han señalado la necesidad de que la actividad de supervisión se ejecute de manera exclusiva, permanente y directa en cada obra, ya que el nivel de dedicación y especialización requerido no puede «flexibilizarse» (salvo casos muy particulares); es en esa lógica que la Opinión n.º 253-2017/DTN, advierte lo siguiente:

Al respecto, el artículo 160 del Reglamento precisa que a través del supervisor la entidad controla los trabajos realizados por el contratista ejecutor de la obra, siendo aquél (el supervisor) el responsable de velar de forma directa y permanente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato

[...]

Cabe precisar que, por el término «permanente» debe entenderse que el profesional designado como inspector o supervisor debía estar en el lugar de la obra durante todo el período de ejecución de la misma. Por el término «directa» debe entenderse que el profesional designado como supervisor o inspector debía realizar sus funciones personalmente, sin intermediarios.

¹⁷ Para mayor abundamiento, recomendamos revisar la Opinión n.º 066-2018/DTN.

Una de las labores principales del supervisor de obras, es la de pronunciarse ante una solicitud de ampliación de plazo, a pedido del contratista, ya que es éste quien física y fácticamente tiene una idea cierta de si dicho requerimiento es congruente o no con la norma y la realidad.

En ese sentido, la Opinión n.º 074-2018/DTN sostiene lo siguiente:

En consecuencia, tanto el supervisor —o inspector— y la entidad deben emitir opinión y pronunciamiento, respectivamente, respecto a los hechos y el sustento contenidos en la solicitud de ampliación de plazo presentados por el contratista dentro del plazo previsto en la normativa; siendo que, de no emitirse pronunciamiento y no exista opinión del supervisor o inspector (según el numeral 170.3 del artículo 170 del Reglamento), se tendrá por aprobada la ampliación.

Como se advierte, las funciones del supervisor son tan relevantes como las de un ejecutor de obras para alcanzar el objeto de cada contrato; si bien el últimos de éstos goza de un papel principal en dicho contexto, la validez de sus actuaciones no podrán asegurarse sin una adecuada verificación, y siendo que la entidad contratante, generalmente, no se encuentra en una posición favorable para ello, no tiene mayor opción que «tercerizar» su papel a alguien que se encuentre física, técnica y logísticamente adecuado para ello.

5. LA SUPERVISIÓN EN LA LEY N.º 30225 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SUS ÚLTIMAS MODIFICATORIAS (DECRETO LEGISLATIVO N.º 1444)

La supervisión de obras (desde un punto de vista de su ejecución) en las últimas modificatorias de la Ley n.º 30225-Ley de Contrataciones del Estado ha presentado ciertos cambios, los cuales serán analizados a continuación:

El numeral 10.3¹⁸ de la Ley de Contrataciones de Estado busca establecer la posibilidad de iniciar la ejecución de la obra sin la necesidad de contar con el supervisor encargado, siendo así una medida provisional dirigida a brindar fluidez a este tipo de contratos.

Esta medida resulta, a primera vista, interesante en casos particulares y que sean totalmente excepcionales; por ejemplo, cuando el adjudicatario de un contrato de supervisión de obras decide no suscribir el contrato y se produzcan demoras en otorgarle la buena pro a otra persona, o cuando se determine la nulidad del contrato de supervisión por presentación de documentación falsa u otra causal.

Sin embargo, también podrá ser malversado y destinado a otros fines totalmente diferentes a su idea original; por ejemplo, ante una mala programación de contrataciones (cuando se programa contratar la ejecución de una obra y no su supervisión, ya sea por descuido, desconocimiento o error); dichos potenciales malos manejos se buscaron blindar en las precisiones establecidas en el Reglamento.¹⁹

Por otro lado, el artículo 40.4²⁰ de la Ley de Contrataciones del Estado ha fijado un plazo de responsabilidad para las prestaciones ejecutadas por el supervisor de obras; dicha disposición resulta interesante —y necesaria— ya que vincula de manera adecuada su plazo de

¹⁸ «10.3. Para iniciar la ejecución de una obra que requiera supervisión, puede designarse un inspector de obra o un equipo de inspectores en tanto se contrata la supervisión. El reglamento establece las condiciones necesarias para su aplicación».

¹⁹ «176.2. Para iniciar la ejecución de una obra que requiera supervisión, puede designarse un inspector de obra o un equipo de inspectores siempre que se encuentre convocado el procedimiento de selección para contratar al supervisor. En dicho caso, sólo puede mantenerse la participación del inspector o equipo de inspectores en tanto el monto de la valorización acumulada de la obra no supere el límite establecido por la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año correspondiente».

²⁰ «40.4 En los contratos de consultoría para la supervisión de obra, la entidad determina el plazo para reclamar su responsabilidad, el cual no puede ser inferior a siete (7) años después de la conformidad de obra otorgada por la entidad».

responsabilidad, igualándola, inclusive, con el plazo de responsabilidad del ejecutor de obras.

Esto resulta elemental para equiparar ambas actividades (ejecución y supervisión) a partir de su asociación como partícipes y responsables de un objetivo único: la correcta construcción de la obra.

Desde el punto de vista económico, es mucho más aprovechable y factible distribuir la carga de responsabilidad a dos actores, ya que, por un lado, podrás dirigirte directamente al supervisor por una inadecuada ejecución de las prestaciones (teniendo en cuenta que éste dio su conformidad de lo ejecutado); y, por otro, podrás dirigirte al contratista ejecutor por los vicios ocultos que puedan presentar con el tiempo.

Finalmente, la decimoquinta disposición complementaria final²¹ trae consigo una medida preventiva y revisora de las actuaciones del contrato, posicionando al supervisor como un enlace entre la Contraloría General de la República y la obra; ello resultaría útil en la medida que se obligue a la propia Contraloría, a efectuar un seguimiento a todas las obras, no tanto como un supervisor, sino más bien como un revisor de la legalidad de las actuaciones y cuyo fin sea el de sancionar administrativa, civil o penalmente a los responsables.

²¹ «Decimoquinta: El supervisor de obra está obligado a remitir a la Contraloría General de la República, en la misma oportunidad que a la entidad, los informes u opiniones emitidos respecto a los adicionales de obra, solicitudes de mayores gastos generales, variación en calendario de obra, ampliaciones de plazo, aplicación de penalidades y otros emitidos en el marco de sus funciones, de acuerdo a los lineamientos regulados por dicho organismo autónomo de control a través de Directiva. Esta obligación no representa la paralización del plazo de ejecución de obra, sin perjuicio del ejercicio del control concurrente que realice la Contraloría General, de ser el caso».

Aterrizando al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el artículo 176.4²² busca involucrar al supervisor en las actuaciones previas a la ejecución del contrato de obra, al responsabilizarlo de brindar su conformidad de los documentos necesarios para su suscripción.

Esta medida es ciertamente innecesaria y genera mayores costos y dilaciones para la contratación, al involucrar a un experto en obras en un aspecto totalmente documental y con poca o nula connotación técnica que no se encuentre prevista en el expediente técnico; sin perjuicio de ello, resultaría beneficioso en la medida de compartir responsabilidad entre ambos actores (supervisor y ejecutor) y el de tener una opinión especializada sobre estos documentos.

Por otro lado, el artículo 177²³ trae consigo la obligación del contratista y del supervisor de obra de revisar el expediente técnico y advertir

²² «176.4. Para efectos de la aprobación de los documentos indicados en los literales b), c) y d) del numeral 175.1 del artículo 175, el supervisor o inspector dentro de los siete (7) días de suscrito del contrato de obra, emite su conformidad sobre dichos documentos e informa a la entidad. En caso se encuentren observaciones, las hace de conocimiento del contratista, quien dentro de los ocho (8) días siguientes las absuelve y, de ser el caso, concuerda la versión definitiva de los mismos. En caso de falta de acuerdo, se considera como válidas las observaciones del supervisor o inspector que no hubieran sido levantadas o concordadas debiendo remitir a la entidad la versión final de dichos documentos como máximo dentro de los quince (15) días de suscrito el contrato».

²³ Artículo 177.- Revisión del expediente técnico de obra
Dentro de los quince (15) días calendario del inicio del plazo de ejecución de obra, para el caso de obras cuyo plazo sea menor o igual a ciento veinte (120) días y dentro de los treinta (30) días calendario para obras cuyo plazo sea mayor a ciento (120) días calendario, el contratista presenta al supervisor o inspector de obra, un informe técnico de revisión del expediente técnico de obra, que incluya entre otros, las posibles prestaciones adicionales, riesgos del proyecto y otros aspectos que sean materia de consulta. El supervisor o inspector dentro del plazo de siete (7) días calendario para obras con plazo menor o igual a ciento veinte (120) días y diez (10) días calendario para obras con plazo mayor a ciento veinte prevé la revisión del expediente técnico de obra, (120) días, eleva el informe técnico de revisión del expediente técnico de obra a la entidad, con copia al contratista,

las potenciales prestaciones adicionales, riesgos y otros aspectos relevantes; lo cual se traduce en una medida práctica, dependiendo del caso en concreto y de las circunstancias en las cuales se ejecute el contrato y se haya elaborado el expediente técnico; en ese sentido, su utilidad práctica se deberá advertir caso por caso.

adjuntando su evaluación, pronunciamiento y verificaciones propias realizadas como supervisión o inspección.

X. EL COMPLIANCE Y LAS BUENAS PRÁCTICAS EN LA DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO DE PARTE

Roger Vidal Ramos¹

Sumario: 1. Los árbitros a la luz del caso Odebrecht.— 2. *Compliance* en el ámbito internacional y nacional.— 3. Naturaleza de la función arbitral.— 4. Designación, aceptación y recusación del árbitro.— 5. Cinco consejos para una adecuada selección del árbitro.— 6. El *compliance* en las buenas prácticas arbitrales.— 7. Referencias bibliográficas.

1. LOS ÁRBITROS A LA LUZ DEL CASO ODEBRECHT

El escándalo de Lava Jato-Odebrecht representa el caso de corrupción más mediático y extenso, en Brasil, Latinoamérica y el Perú.

Haciendo uso de fuentes periodísticas,² abarcaremos la problemática de forma breve:

¹ Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Magíster en Derecho Civil y candidato a doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de derecho civil en la UNMSM, la Universidad de San Martín de Porres y la Universidad Hermilio Valdizán.

El autor agradece la importante colaboración en la selección de la bibliografía en materia penal y comentarios, efectuados por Víctor Antonio Montalvo Maldonado, destacado alumno de la Facultad de Derecho de la UNMSM.

² MORENO, Leslie y CABRAL, Ernesto. *Arbitrajes a lo Odebrecht*. En *IDL-Reporteros*. Recuperado de <<https://bit.ly/2xgJwIT>>.

En este país, Odebrecht fue el principal contratista con el Estado peruano. Desde el 2001 —como investigó IDL-Reporteros— logró adjudicarse veinticuatro proyectos (quince obras y nueve concesiones) por más de treinta y cinco mil millones de soles contratados en los tres últimos gobiernos.

Pero, una vez firmados los contratos e ignoradas las protestas, el monto siguió creciendo. A los costos se añadieron los sobrecostos exigidos por Odebrecht y concedidos con frecuente docilidad por el Estado. En los últimos quince años, como documentó IDL-Reporteros en una investigación especial, los sobrecostos alcanzaron una suma mayor a 4 mil 600 millones de soles, por la ejecución de estas quince obras más la etapa de construcción de la carretera Interoceánica Norte y Sur (tramos II y III).

Pero, además de los costos y sobrecostos, el dinero que pagó el Estado a Odebrecht siguió creciendo. IDL-Reporteros revela cómo vía arbitraje, un sistema diseñado para resolver controversias con rapidez, terminó siendo un sifón a través del cual la transnacional brasileña logró obtener decenas de millones de dólares. Es así que, mediante arbitrajes, Odebrecht ganó, al menos, 273 millones 570 mil 624 dólares entre los años 2003 y 2016.

Bajo este sistema, en los últimos trece años, Odebrecht —sola o en consorcio— demandó arbitrariamente cuarenta y una veces al Estado peruano, mientras que el Estado lo hizo sólo una vez. De los cuarenta y dos laudos emitidos, Odebrecht ganó treinta y cinco veces, mientras que el Estado peruano sólo ganó en siete arbitrajes.

Como es de conocimiento público, diversos árbitros se encuentran en proceso de investigación (algunos con mayor o menor presencia del principio de presunción de inocencia que otros); existen acusaciones contra un árbitro (Horacio Cánepa) ratificadas por Jorge Barata (máximo representante de Odebrecht en el Perú), de haber recibido sobornos

a cambio de emitir laudos favorables en los litigios arbitrales contra el Estado peruano.

El sistema arbitral ha sufrido un duro golpe a su notable desarrollo en sede nacional y su alto prestigio ganado a nivel internacional; sin embargo, consideramos que buena parte de las acciones en búsqueda de recuperación del prestigio del arbitraje peruano deberá estar encaminado en la incorporación de directivas internas de las entidades públicas y privadas, a efectos de fijar estándares para la designación de los árbitros de parte, y que mediante la sugerencia de cinco consejos prácticos, se logre establecer un *compliance* que favorezca las buenas prácticas en la designación de los árbitros de parte, tanto en las controversias comerciales como en las contrataciones estatales.

2. COMPLIANCE EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y NACIONAL

El *compliance* es el cumplimiento normativo interno y externo de una empresa de las distintas normas legales, a través de la observación y aplicación de directivas internas en los distintos ámbitos en los que se desenvuelve la organización. Estas gestiones van a permitir erradicar y/o prevenir conductas que pueden llegar a ser calificadas como delictivas. Por ello, no se debe confundir al *compliance*, con auditorías o *due diligence*, ya que, si bien ambos están orientados a un mismo objetivo, cada uno obtiene resultados totalmente distintos.³

Uno de los principios del *compliance*, de acuerdo con Sylvia Enseñat,⁴ es el «observar el espíritu de las leyes y no su letra». Esta frase describe lo que está pasando en la mayoría de empresas con la entrada en vigencia

³ CHÁVEZ CHÁVEZ, Claudia. *Compliance laboral: Una herramienta para prever contingencias*. Recuperado de <<https://bit.ly/2E11PHN>>, el 26 de diciembre del 2017>.

⁴ ENSEÑAT, Sylvia. *Manual de compliance officer. Guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana*, Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 24.

de la norma sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Si solamente observamos la letra de la Ley n.º 30424, haremos un programa de prevención para cumplir con la norma y utilizarlo, de ser el caso, como un medio de defensa para «evitar» la responsabilidad dentro de un proceso penal. Sin embargo, si observamos el espíritu de la norma, veremos que por medio del *compliance* se busca que las empresas sean organizaciones en las que exista una cultura corporativa basada en la honestidad e integridad, en la que los miembros de los órganos de administración y de la alta dirección, actúen y se desempeñen de acuerdo con esos estándares.

En materia de políticas anticorrupción, actualmente son varias las empresas que incorporaron la norma ISO 37001. Ésta prevé procesos de gestión antisoborno procurando no sólo que las empresas y su personal cumpla con la disposición jurídica que tipifica estas conductas, sino que se realice en forma eficaz y del mejor modo.⁵

Desde la adopción del Plan, los gobiernos del G20 y sus contrapartes del sector privado se han reunido en varias ocasiones para analizar las formas en que se puede construir este vínculo. En el Manual se explicita cómo la empresa evalúa los riesgos, cómo crea una política anticorrupción, su puesta en funcionamiento y evaluación.⁶

Asimismo, se toma en consideración el entrenamiento a ser dado al personal, y los procesos que debieran seguirse ante un caso concreto que incumpliera con el estándar. La doctrina española asegura que, si bien el costo del *compliance* es elevado para las empresas, es más alto aún el costo de un *non-compliance*. Asimismo, estas conductas empresariales

⁵ GARAT, María Paula. «El *compliance* de las empresas: un instrumento para el cumplimiento normativo y una garantía para los derechos fundamentales». *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXVIII, n.º 271, mayo-agosto del 2018, p. 570.

⁶ *Idem*, p. 571.

contribuyen a formar una confianza que es por demás favorable al mercado, aceptando ciertos mínimos por todos los involucrados.⁷

En el ámbito nacional, un *compliance* laboral permite a la empresa verificar que su Código de Ética, los contratos de trabajo y el Reglamento Interno de Trabajo, guarden concordancia con el modelo de prevención de delitos implementados por ella. Asimismo, ayuda a la prevención de riesgos laborales en materia de seguridad y salud en el trabajo, a la no aplicación de trabajo forzoso al interior de la empresa, permite la implementación de políticas sobre hostigamiento sexual y violencia familiar, garantiza la libertad sindical de los trabajadores (tanto en la afiliación o no a la organización sindical), no da pie a discriminación alguna en el trabajo, garantizando la igualdad de oportunidades y trato entre sus trabajadores, entre otros.⁸

En materia ambiental, el *compliance*, llamado también plan de prevención o programa de cumplimiento normativo, consiste en la implementación de políticas de gestión ambiental, procedimientos internos, reporte ambiental, entrenamiento y red de «especialistas verdes, etc., cuya implementación en el programa del ente corporativo, constituye una causal excusable o eximente de responsabilidad penal de personas jurídicas, constituyéndose en un incentivo cuyo propósito es el no afectar el ejercicio de las actividades económicas. Así, el *compliance* ambiental se convierte en un instrumento jurídico eficaz para evitar delitos ambientales en el territorio peruano.

En materia penal, desde enero del 2018, el tradicional axioma latino *societas delinquere non potest... sed puniri non potest*, que planteaba

⁷ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Compliance penal y política legislativa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 14-15.

⁸ CHÁVEZ CHÁVEZ, Claudia. «*Compliance* laboral: Una herramienta para prever contingencias», art. cit.

que las personas jurídicas no podían ser sancionadas por la comisión de un delito, pasó a formar parte del recuerdo.⁹

Hace ya varias décadas que la corrupción se viene percibiendo como una especie de estrategia comercial o mal necesario; habiéndose convertido los pagos a funcionarios públicos o políticos «por servicios prestados», en una situación común o aceptada; existiendo, incluso entre las filas del análisis económico del derecho, cuestionamientos en torno a que si la corrupción es eficiente o no en el mercado.

En ese entendido, frente a los escándalos financieros relacionados con empresas multinacionales y ante el crecimiento exponencial de la corrupción en las relaciones comerciales, desde el mundo del derecho y de las políticas públicas, se viene observando un cambio de estrategia, adoptando modelos de la política criminal gestada en los Estados Unidos.¹⁰

En la actualidad se exige a las empresas: i) adoptar medidas internas de prevención de la corrupción; ii) coadyuvar al Estado en el esclarecimiento de los casos de corrupción; y iii) la prohibición de sobornar tanto a funcionarios públicos como a directivos o empleados de otras empresas.

En cuanto a la corrupción internacional, hoy en día se busca sancionar a las empresas y a sus agentes, generándose paralelamente un menor interés por la sanción del funcionario público. En consecuencia, la corrupción está pasando a ser, de un asunto de funcionarios públicos o políticos ímprobos, a un asunto que incumbe, sobre todo, a los privados.¹¹

⁹ VEGA, Élida. «Empresas ingresan a la era *compliance*». *El Comercio*. Lima, 2 de abril de 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/2q0MH6j>>.

¹⁰ CARO CORIA, Dino Carlos. «*Compliance* y corrupción». En *Ius Puniendi*. Lima, 2017, n.º 2, p. 28.

¹¹ NIETO, Martín. «La corrupción en el comercio internacional (o como la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)». En *Revista Penal*, 2002, n.º 12, pp. 191-192.

Con la entrada en vigencia de la Ley n.º 30424 —modificada por el D.L. n.º 1052—, se ha marcado un antes y un después en el derecho empresarial peruano, y las personas jurídicas podrán ser sancionadas por la comisión de delitos como soborno o cohecho (transnacional, activo genérico y activo específico), lavado de activos y financiamiento del terrorismo.¹²

Lejos de implementar una norma que sólo busque castigar, el *compliance* busca prevenir que se cometan actos corrupción al interior de las empresas. Sin embargo, no se trata de implementar el sistema *compliance* con el solo afán de eximir de responsabilidad penal a la empresa, sino de promover una cultura corporativa basada en la honestidad e integridad, en la que los miembros de los órganos de administración y de la alta dirección actúen y se desempeñen de acuerdo con esos estándares.

De esta forma, para cumplir eficazmente con los altos estándares, nos vemos en la necesidad de elaborar un programa de cumplimiento de acuerdo con la realidad de cada empresa. En palabras de Ángel Juanes¹³:

En efecto, un programa de cumplimiento ajeno al ser real de la empresa, lejos de ofrecer consistencia para poder invocarse como una causa de exención o atenuación de la pena, puede convertirse en un motivo de agravación de la misma, pues la acusación estará en condiciones de alegar que fue elaborado con el solo propósito de «maquillar» (*make-up*) y ocultar propósitos delictivos tolerados por la organización o de camuflar defectos de organización perfectamente conocidos, pero que su corrección comportaba una reducción de sus márgenes de beneficio.

Respecto a los costos de implementar el *compliance*, para Augusto Loli, socio de Rebaza, Alcázar & De Las Casas, contar con éste «le

¹² *Loc. cit.*

¹³ JUANES PECES, Ángel (dir.). *Memento Experto. Compliance penal*. Madrid: Francis & Taylor, 2017, pp. 37-38.

otorga un mayor valor a las empresas ante una compra-venta, fusión o ingreso de algún inversionista», de esta forma cuestiona la onerosidad que conllevaría implementar el *compliance*.¹⁴

Para Juan José Dorich, los costos están asociados al tiempo que tomará la implementación y a su complejidad. «Para una microempresa, la inversión no debería pasar de US\$5,000.00 y para las medianas y grandes podría oscilar entre US\$20,000.00 y US\$50,000.00».¹⁵

En suma, un sistema de *compliance* adecuadamente implementado es la mejor garantía para que la empresa no se vea involucrada en situaciones de riesgo penal. Cada miembro de la empresa deberá interiorizar que el cumplimiento del derecho vigente no debe obedecer de casualidad al compromiso individual o a los intereses parciales de un departamento, sino a una arquitectura de *compliance* vinculada globalmente con las actividades empresariales tanto internas como externas.¹⁶

3. NATURALEZA DE LA FUNCIÓN ARBITRAL

La función de árbitro es ejercida por una persona natural (ley arbitral)¹⁷ con plena capacidad de goce y ejercicio, que mantiene alta pericia sobre aspectos legales y técnicos, a fin de resolver una controversia. Este juez privado puede ser abogado o de otra profesión, siendo su servicio retribuido económicamente y sin ningún tipo de subordinación, y que mantiene intacto la obligatoriedad de ejercer los principios de imparcialidad

¹⁴ VEGA, Élida. «Empresas ingresan a la era *compliance*», art. cit.

¹⁵ *Loc. cit.*

¹⁶ CARO CORIA, Dino Carlos. «*Compliance* y corrupción», art. cit., p. 46.

¹⁷ Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

Artículo 20.- Capacidad. Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitro y no haya recibido condena penal firme por delito doloso. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

e independencia, desde la aceptación del arbitraje hasta a emisión del laudo y actos procesales poslaudo.

Es transcendental señalar que la confianza representa un elemento fundamental de la designación del árbitro por las partes y del presidente del tribunal por los árbitros, por cuanto esta confianza implica la buena fe en entender que la persona designada desempeñará la función arbitral con amplia solvencia profesional y ética. Nadie designará a una persona desconocida o completamente extraña al litigio arbitral. La confianza no puede ser entendida como beneficio o facilitación de cualquier aspecto del arbitraje.

La confianza constituye un valor primordial, para la existencia de este mecanismo alternativo de solución de conflictos, al ser la elección de un árbitro una de sus manifestaciones más importantes. Así, las partes que intervienen en un arbitraje, tienen la legítima expectativa (es decir, confían) que el árbitro o los árbitros elegidos no solamente conduzcan el arbitraje con independencia e imparcialidad, sino que en todo momento recaiga sobre ellos la apariencia de ser imparciales e independientes.¹⁸

4. DESIGNACIÓN, ACEPTACIÓN Y RECUSACIÓN DEL ÁRBITRO

La designación arbitral representa el derecho que ejercerán las partes contratantes o litigantes a fin de elegir un árbitro para que efectué funciones jurisdiccionales conforme al convenio arbitral, al contrato y la legislación aplicable.

La designación mantiene una característica de formalidad por escrito, de comunicar al árbitro que se le otorgó la confianza, a fin de que éste acepte o no el encargo de arbitrar cierta controversia.

¹⁸ Criterios incorporados en fallos respecto a recursos de recusación resueltos por el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Cabe precisar que los árbitros nombrados por las partes mantienen, a su vez, el deber de efectuar la designación del presidente del tribunal arbitral (como se ejerce habitualmente en la práctica arbitral), salvo que el convenio arbitral haya establecido que una institución arbitral se encargue de la elección del presidente o en su defecto no exista acuerdo de los coárbitros, con lo cual una institución arbitral designará, a solicitud de parte, la presidencia del colegiado.

En otro contexto, la aceptación constituye el acto solemne que es ejercido por el árbitro de parte electo; y, en su momento, el tercer árbitro designado por los coárbitros en calidad de presidente del tribunal arbitral. Siempre todas las designaciones implican el cumplimiento de una formalidad *ad solemnitatem*, la misma que conlleva comunicar a las partes; primero, la aceptación; y, segundo, el mantener la formalidad de comunicar en adelante cualquier hecho que requiera ejercer su deber u obligación de revelar a las partes cualquier circunstancia que tenga por finalidad proteger los principios de imparcialidad e independencia de la función arbitral.

La Ley de Arbitraje peruana, en su artículo 22.4, indica lo siguiente: «Salvo acuerdo en contrario, una parte queda vinculada por el nombramiento que se ha efectuado de un árbitro desde el momento en que la otra parte haya sido notificada de dicho nombramiento».

Asimismo, es importante efectuar otra interpretación del artículo 23 de la Ley de Arbitraje, respecto a la libertad del procedimiento de nombramiento de los árbitros y de la potestad que se le brinda a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana para designar de manera residual a los árbitros, cuando alguna de las partes no ejerza su derecho de designación de árbitro o los árbitros no arriben a un acuerdo para la designación del presidente del tribunal arbitral.

Algunos reglamentos de instituciones arbitrales fijan un procedimiento de ratificación, después de la aceptación de la designación de

un árbitro que no integre la nómina de árbitros de dicha institución arbitral. Tal cual sucede con el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú no regula el supuesto de «ratificación del árbitro designado»; que, para un sector de la doctrina arbitral, implica respetar la libertad de las partes de designar a su buen criterio su árbitro de parte, sin mayor formalidad ratificatoria.

Finalmente, es fundamental respetar las reglas de designación establecidas por las partes en su convenio arbitral, sea en las modalidades de arbitraje *ad-hoc* o institucional. Los árbitros tienen la obligación de comunicar de manera formal su aceptación, con lo cual se estaría generando obligaciones procesales para que el árbitro, desde su aceptación venga ejerciendo el principio *kompetenz-kompetenz*.

La recusación implica el apartamiento del árbitro por quebrantar la confianza por el incumplimiento de los deberes de imparcialidad e independencia. Como efecto práctico directo, se generaría la pérdida de condición de árbitro; y, por ende, la ruptura del vínculo procesal y contractual de la función arbitral.

La recusación fundada representa la máxima sanción atribuible a un árbitro que, con evidente mala fe arbitral, ejerció función arbitral en contra de las partes del litigio, habiéndose acreditado en el procedimiento de recusación que aquél vulneró los deberes de imparcialidad e independencia. Un árbitro con recusación fundada implicaría siempre un sinónimo de desconfianza, deslealtad, deshonestidad y pésima práctica arbitral.

5. CINCO CONSEJOS PARA UNA ADECUADA SELECCIÓN DEL ÁRBITRO¹⁹

5.1. *Investiga a tu candidato*

Con la libertad de elección, y el gran mercado competitivo arbitral, resulta primordial investigar los aspectos éticos, académicos y profesionales de los árbitros, para lo cual las redes sociales (*Facebook*, *LinkedIn*, *Twitter* e *Instagram*) ofrecen una primera fuente de información sobre aspectos profesionales y personales que podrán ayudar a identificar como persona y profesional a nuestro candidato a árbitro.

Sería absolutamente desagradable que nuestro candidato se encuentre reportado en una central de riesgos por deudas con entidades financieras, inscrito en el registro de deudores alimentarios o involucrado en algún escándalo público, como manejar en estado de ebriedad o formar parte de una gresca callejera.

En el aspecto académico, es sencillo verificar que los grados universitarios se encuentren inscritos en la Sunedu; y en cuanto a las especialidades establecidas en las hojas de vida, siempre deberán ser verídicas y vigentes, extendiéndose al cumplimiento de las reglas antiplagio de los artículos, libros, tesinas y tesis.

Es también importante destacar la investigación jurídica efectuada por muchos árbitros de manera constante que, a su vez, se complementan con disertaciones en congresos, seminarios, brindando entrevistas o ejerciendo cátedra universitaria, lo cual otorga una completa vocación académica del candidato.

La ausencia de antecedentes penales, policiales y judiciales permitirán ratificar la confianza en el árbitro designado, pero esta interpretación

¹⁹ Véase, al respecto, VIDAL RAMOS, Roger. «Cinco consejos para seleccionar a tu árbitro y no arrepentirte en el camino». En *Legis.pe*. Lima, 5 de febrero de 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2YoMJDJ>>.

no podría recaer en vulnerar el derecho de presunción de inocencia y el derecho de la doble instancia, ante procesos civiles, penales y procedimientos sancionatorios (colegios de abogados e Indecopi), donde los árbitros se encuentren demandados o acusados, ante lo cual se debería de tomar una decisión con la lectura del fallo definitivo con la calidad de cosa juzgada, a fin de designar o no al árbitro, siendo esta opción discrecional y al criterio de las partes.

5.2. Evalúa la experiencia

La experiencia arbitral mantiene un enfoque muy amplio que no siempre podría estar relacionado con la edad o canas del árbitro. En buena cuenta, la experiencia puede ser medida con otros criterios, por ejemplo, el número de laudos emitidos o votos discordantes, asesorías en defensa arbitral, emisión de informes o patrocinio en procesos judiciales dentro del ámbito público y privado (anulación, ejecución de laudo o amparos). Es importante considerar la experiencia del árbitro en la defensa o consultoría, que siempre podrá cooperar con un mejor criterio dentro del tribunal arbitral, pues el árbitro puede complementar su experiencia con actividades conexas de perito, abogado defensor o consejero, con lo cual se obtiene la certeza de una adecuada formación procesal arbitral del candidato.

A fin de brindar detalles sobre la amplia experiencia arbitral, se deberá siempre de respetar las reglas de la confidencialidad de los arbitrajes y de los contratos de servicios legales o peritaje para no revelar aspectos sensibles y reservados.

5.3. Criterios establecidos en los laudos

En materia de contrataciones estatales, los laudos se encuentran publicados en la página web del OSCE, y en diversos centros de arbitraje se replica esta práctica. Bajo el principio de publicidad de los laudos, los contratistas, las entidades y los abogados pueden conocer los alcances

de los criterios arribados por los árbitros en controversias que versan sobre adicionales, gastos generales, ampliaciones de plazo, pago de valorizaciones o respecto a las excepciones de caducidad, incompetencia o inexistencia de convenio arbitral. En buena cuenta, *si quieres conocer a tu árbitro*, deberás de analizar sus laudos.

Un aspecto importante representa la especialidad de los árbitros; así, tenemos que con el notable desarrollo del arbitraje en el Perú existen especialidades arbitrales, por ejemplo, contrataciones estatales, contratación privada y/o comercial, derecho de seguros, derecho de consumidor, expropiaciones, concesiones y los arbitrajes internacionales, que permiten que las partes elijan a sus árbitros según sus especialidades.

En los arbitrajes comerciales, por las reglas de la confidencialidad no se podría publicitar el contenido de los laudos; sin embargo, mediante los fallos sobre anulación de laudo se puede conocer algunos de los criterios arribados por los árbitros, por cuanto estos fallos judiciales son de acceso público en los sistemas de consulta de expedientes.

Con el análisis de los laudos se puede también evaluar otros aspectos como la celeridad en la tramitación del proceso o malas prácticas de recalcular los honorarios arbitrales (sin asidero legal, ni justificación) o ausencia reiterada a las audiencias o reprogramaciones.

A ningún árbitro o tribunal arbitral le favorecerá que sus laudos puedan ser declarados nulos por las salas comerciales o civiles de las cortes de justicia. Numerosos laudos anulados contribuyen a generar un desprestigio del árbitro, poniéndose en evidencia su baja pericia.

Finalmente, no se puede dejar de considerar el estilo de la redacción, las citas, entendimiento y prolijidad del laudo, lo cual también se podrá distinguir con los votos en discordia; a su vez, resultará muy preocupante que un árbitro, a lo largo de toda su trayectoria, nunca haya emitido un voto en discordia y que mantenga como conducta reiterada

aceptar la posición de la mayoría o no efectuar modificaciones o aportes al proyecto de laudo o resolviendo los recursos poslaudo.

5.4. Solicitud de ampliación del deber de revelación

La Ley de Arbitraje y los reglamentos de diversos centros de arbitraje, en la práctica comercial y de contrataciones estatales, no regulan el mecanismo de ampliación del deber de revelación; pero bajo el criterio de libertad de forma, buena fe y buenas prácticas arbitrales, los litigantes pueden solicitar a sus árbitros que puedan ampliar su deber de revelación, lo cual siempre permitirá seguir generando mayor confianza entre los litigantes y el tribunal arbitral.

En algunas ocasiones, la solicitud de ampliación del deber de revelación tiene por finalidad generar un medio probatorio, en el supuesto de que los árbitros omitan revelar una nueva circunstancia que haya devenido en la pérdida de la imparcialidad e independencia, ejerciendo de esta forma los litigantes un constante rol de vigilancia del árbitro, puesto que no debería ser una estrategia dilatoria el presentar recusaciones sin sustento. Todo litigante presume que, desde la aceptación del encargo hasta la emisión del laudo que los miembros del tribunal arbitral, ejercerán con diligencia y buena fe su deber de revelación y su ampliación.

5.5. Verifica las recusaciones fundadas

El recurso de recusación constituye el instrumento procesal que tiene por finalidad el apartamiento del árbitro por estar inmerso en las causas del incumplimiento de los deberes de imparcialidad e independencia, siendo que, de declararse fundada la recusación, el árbitro pierde groseramente la confianza y con ello su desprestigio, y su apartamiento de la *litis*.

En materia de contrataciones estatales, el OSCE mantiene una base de datos y un consolidado de los diversos procedimientos de recusaciones, lo cual permite conocer cierta información estadística con relación a los árbitros más recusados, las entidades o contratistas recusantes y los criterios bajo los cuales las recusaciones son declaradas fundadas.

Ante la pregunta, si tu candidato a árbitro es usualmente recusado y las recusaciones son fundadas, la respuesta cae de golpe, no designen a árbitros recusados, quienes con el quebrantamiento de los principios de imparcialidad e independencia desprestigian las buenas prácticas arbitrales.

6. EL COMPLIANCE EN LAS BUENAS PRÁCTICAS ARBITRALES

Existen investigaciones penales (según fuente pública periodística) que inciden en malas prácticas arbitrales, por las cuales algunos procuradores públicos habrían compartido con algunos árbitros designados los honorarios, actos que, de ser corroborados, implican una conducta deshonesta y desleal contra los intereses del Estado; y, de esta forma, se corrompa la esencia de la función arbitral, la imparcialidad y la independencia.

Las designaciones arbitrales efectuadas por entidades públicas o privadas bajo el selecto «club de árbitros», donde la designación gira en torno a un grupo de cinco a diez árbitros de forma reiterada y religiosa, pone en evidencia una pésima práctica arbitral, lo cual, en esencia, consiste en forzar al mismo árbitro (designado en diez ocasiones) en perder la objetividad de juzgador, la imparcialidad y la independencia de la función arbitral.

Un árbitro dependiente económicamente de la designación arbitral exclusiva y reiterada de la entidad privada o pública, generaría «dudas económicas razonables», y de alguna forma esta subordinación recaería

en ser un árbitro exclusivo y a tiempo completo de quien lo eligiera, y con ello, fácilmente, se podría configurar una causal de recusación.

En buena cuenta, la designación no depende del árbitro, pero sí su aceptación; el rechazo de mayores designaciones arbitrales representará una buena práctica del juez privado.

Esta misma práctica se podría expresar cuando determinada entidad pública o privada, en exclusividad, designa a determinado centro de arbitraje, y no genera un proceso de selección o licitación bajo criterios de competencia, costo-beneficio, experiencia o declaraciones de no estar inmerso en investigaciones de posibles actos de corrupción.

Considerando la trascendencia de la potestad que mantienen las partes de ejercer su derecho de designación de árbitro de parte, es necesario implementar medidas preventivas contra la corrupción y malas prácticas arbitrales, con el fin de que, antes de su designación, pueda cada entidad pública o privada (en esta última no se requerirá para su implementación excesivos procedimientos como en la administración pública), mantener una directiva *tipo compliance arbitral*, cuando deba designarse a un árbitro; entre las cuales proponemos las siguientes:

- Declaración jurada de no mantener procesos penales o investigaciones en trámite, respecto a posibles arbitrajes fraudulentos o afines.
- No haber ejercido funciones arbitrales para la misma entidad (pública o privada) designadora en más de cinco oportunidades (límite de designación) y que dicha entidad no represente su principal fuente de ingresos económicos en el rubro arbitral.
- El árbitro designado por las partes, dentro del marco de la Ley de Contrataciones del Estado, no deberá ejercer función o labor

pública para cualquier entidad estatal, salvo locación de servicios u órdenes de servicio sin subordinación.

- Dejar sin efecto el plazo de cinco años anteriores a su nombramiento (establecido en los arbitrajes en contrataciones estatales), a fin de que los árbitros ejerzan su deber de revelación con absoluta amplitud y sin limitación de un plazo. Es esencial requerir a los árbitros cumplir con revelar la mayor cantidad de circunstancias, a fin de que las partes del litigio evalúen o no la posible recusación.
- Y conforme a lo señalado en el presente trabajo, se sugiere aplicar los cinco consejos para una adecuada selección del árbitro.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARO CORIA, Dino Carlos. «*Compliance* y corrupción». En *Ius Punienti*. Lima, 2017, n.º 2.

CHÁVEZ CHÁVEZ, Claudia. «*Compliance* laboral: Una herramienta para prever contingencias». En *Web del Estudio Muñiz*. Lima, 26 de diciembre de 2017. Recuperado de <<https://bit.ly/2E11PHN>>.

ENSEÑAT, Sylvia. *Manual de compliance officer. Guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana*. Pamplona: Aranzadi, 2016.

GARAT, María Paula. «El *compliance* de las empresas: Un instrumento para el cumplimiento normativo y una garantía para los derechos fundamentales». En *Revista de la Facultad de Derecho de México*, mayo-agosto del 2018, t. LXVIII, n.º 271.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Compliance penal y política legislativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

JUANES PECES, Ángel (dir.). *Memento Experto. Compliance penal*. Madrid: Francis Lefebvre, 2017.

MORENO, Leslie y Ernesto CABRAL. “Arbitrajes a lo Odebrecht”, en *IDL-Reporteros*. Recuperado de <<https://bit.ly/2xgJwIT>>.

NIETO, Martín. «La corrupción en el comercio internacional (o como la americanización del derecho penal puede tener, de vez en cuando, algún efecto positivo)». *Revista Penal*, 2002, n.º 12.

VEGA, Élida. «Empresas ingresan a la era *compliance*». En *El Comercio*. Lima, 2 de abril del 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/2q0MH6j>>.

VIDAL RAMOS, Roger. «Cinco consejos para seleccionar a tu árbitro y no arrepentirte en el camino». En *Legis.pe*. Lima, 5 de febrero de 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2YoMJDJ>>.

VALORES AGREGADOS

Importante

El *compliance* es el cumplimiento normativo interno y externo de una empresa de las distintas normas legales, a través de la observación y aplicación de directivas internas en los distintos ámbitos en los que se desenvuelve la organización.

Importante

Las partes que intervienen en un arbitraje, tienen la legítima expectativa (es decir, confían) en que el árbitro o los árbitros elegidos, no solamente conduzcan el arbitraje con independencia e imparcialidad, sino que en todo momento recaiga sobre ellos la apariencia de ser imparciales e independientes.

Importante

A fin de brindar detalles sobre la amplia experiencia arbitral, se deberá siempre respetar las reglas de la confidencialidad de los arbitrajes y de los contratos de servicios legales o peritaje para no revelar aspectos sensibles y reservados.

Importante

A ningún árbitro o tribunal arbitral le favorecerá que sus laudos puedan ser declarados nulos por las salas comerciales o civiles de las cortes de justicia. Numerosos laudos anulados contribuyen a generar un desprestigio del árbitro, poniéndose en evidencia su baja pericia.

ACTAS DEL CUARTO CONGRESO DE
CONTRATACIONES ESTATALES Y ARBITRAJE
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
OCTUBRE DEL 2019, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ