

**I SEMINARIO DE ARBITRAJE Y
CONTRATACIONES CON EL ESTADO (2018)**
UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
CÍRCULO DE ARBITRAJE CON EL ESTADO

Volumen 78 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**I Seminario de Arbitraje
y Contrataciones con
el Estado (2018)**
Universidad Católica San Pablo
Círculo de Arbitraje con el Estado

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



Asociación Iberoamericana
de Derecho Privado



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

I SEMINARIO DE ARBITRAJE Y CONTRATACIONES CON EL ESTADO (2018)

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com
- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consenso.pucp.edu.pe
- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe
- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>
- © CÍRCULO DE ARBITRAJE CON EL ESTADO
Calle Bernini 332
Cercado de Lima 15036
Perú

Primera edición, septiembre 2020

Tiraje: 500 ejemplares

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

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

Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2020-

ISBN: 978-612-

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	9
Palabras del presentador	11
Palabras de bienvenida	13
Palabras de inauguración	19
Mesa 1: «Gestión pública en la Ley de Contrataciones con el Estado» <i>Juan Carlos Rebaza Merino Grover Delgado Flores Jorge Abel Ruiz Bautista (moderador)</i>	23
Mesa 2: «Ejecución contractual» <i>Gustavo Bayona McPherson Johan Camargo Acosta Carlos Torres Zavala</i>	49
Mesa 3: «Obra pública, ¿el Estado pierde arbitrajes?» <i>Daniel Treviño Daza José Zegarra Pinto David Aníbal Ortiz Gaspar</i>	73
Mesa 4: «Arbitraje comercial a diez años de vigencia de la Ley de Arbitraje» <i>Alonso Adrián Sainz Ludovina Villanueva Núñez</i>	93

Mesa 5: «Arbitraje en la contratación pública»	109
<i>Juan Fernando Mendoza Banda</i>	
<i>Roberto Benavides Pontex</i>	
<i>Juan Huamaní Chávez</i>	
Mesa 6: «Anulación de laudo arbitral»	127
<i>Julio Martín Wong Abad</i>	
<i>Marco Silvia Santisteban Valdivia</i>	
Mesa 7: «Límites en las facultades de los árbitros»	151
<i>Mario Castillo Freyre</i>	
<i>Alfredo Soria Aguilar</i>	
<i>Ludovina Villanueva Núñez</i>	
Mesa 8: «Panorama actual del arbitraje»	163
<i>Fabiola Paulet Monteagudo</i>	
<i>Alfredo Soria Aguilar</i>	
<i>Gustavo de Vinatea Bellatín</i>	
<i>Mario Castillo Freyre</i>	
<i>Jorge Abel Ruiz Bautista</i>	

NOTA DEL EDITOR

Desde el 1 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2018, la Universidad Católica San Pablo de la ciudad de Arequipa, me honró con ser el Decano de su Facultad de Derecho, cargo que ocupé muy gustoso, dado el enorme prestigio de la Universidad y los objetivos que ella persigue.

En ese periodo, promoví la realización de un Primer Seminario de Arbitraje y Contrataciones con el Estado, el mismo que se coorganizó con el Círculo de Arbitraje con el Estado (CAE), cuyo director es el doctor Jorge Abel Ruiz Bautista.

El CAE ha venido desarrollando en los últimos años una intensa actividad con respecto a la difusión académica del arbitraje, realizando conversatorios, seminarios y congresos.

Dentro de tal orden de ideas, la Universidad Católica San Pablo consideró conveniente llevar adelante este seminario, a efectos de difundir el arbitraje y la contratación con el Estado.

El citado evento tuvo una convocatoria masiva, habiéndose prácticamente llenado el auditorio Juan Pablo II de la Universidad, por la asistencia de profesionales y estudiantes interesados en conocer más sobre estos temas.

Fue una jornada completa que se desarrolló el 22 de septiembre de 2018, desde tempranas horas de la mañana hasta terminada la tarde, habiendo expuesto un número importante de profesionales, tanto de Arequipa como de la ciudad de Lima.

Esta obra recoge las actas de lo expuesto en el referido seminario.

Antes de concluir mis palabras introductorias, debo agradecer la muy valiosa colaboración que nos brindó para la organización de este evento, el doctor Rafael Santa María D'Angelo, entonces director de la Escuela de Derecho y hoy Decano de la Facultad, sin cuya ayuda no hubiese sido posible realizarlo.

Lima, agosto del 2020

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.

PALABRAS DEL PRESENTADOR

En nombre de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Católica San Pablo, les damos la más cordial bienvenida al Seminario de Arbitraje y Contrataciones con el Estado.

Invitamos, por favor, al señor Jorge Abel Ruiz, presidente del Círculo de Arbitraje con el Estado, quien nos dará las palabras de bienvenida. Ade-lante, por favor.

PALABRAS DE BIENVENIDA

Abel Ruiz Bautista¹

Ante todo, muy buenos días. Agradezco en principio a las autoridades de la Universidad Católica San Pablo, por permitirnos traer un evento importante para conversar el día de hoy, en una jornada académica sobre contratación pública y arbitraje. En principio, mis palabras de agradecimiento a la casa de estudios, a ustedes. Va a ser una jornada muy dinámica, con expositores que nos visitan desde Lima.

Y, ¿por qué es importante tocar un tema de contratación pública? En el 2017, el Estado adjudicó en procesos de selección más de 180,000 millones de Soles; 19,000 millones de Soles se ejecutaron para obras; 12,000 millones de Soles, para la contratación de servicios; y, claro, es importante conocer en qué gasta y en qué invierte el Estado peruano para viabilizar bienes, contratación de bienes y servicios, obras y alcanzar finalidades públicas que benefician a todos los peruanos.

Y, eso exige algo, exige la preparación, capacitación y especialización de abogados y estudiantes en materias de arbitraje y contratación pública. Es por eso, que el Círculo de Arbitraje con el Estado, en coorganización con la Universidad Católica San Pablo, viene organizando este evento, que esperamos no sea el último, sino el inicio de grandes jornadas académicas que busquen una sola cosa, descentralizar la actividad jurídica a nivel na-

¹ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres; magíster en Contratación Pública, Concesiones y Servicios Públicos, por la Universidad 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 Alcalá (España); capacitador e instructor de la Sucamec; y, director del Círculo de Arbitrajes con el Estado-CAE.

cional, como ya lo venimos haciendo en distintos departamentos de nuestro hermoso Perú.

Mi agradecimiento al decano, Mario Castillo Freyre, quien nos ha permitido también llevar y traer este evento que, de alguna manera, va a buscar tocar un punto, y es importante plantearlo a lo largo de estas jornadas académicas, que es la modificación que incorpora recientemente, el Decreto Legislativo n.º 1244, que modifica la Ley n.º 30225, incorporando más de 30 modificaciones a la Ley de Contratación Pública, y también el artículo 45, que es el arbitraje en contratación pública. Y esto, eventualmente, va a requerir que planteemos puntos importantes, que analicemos en principio cuál es la estadística de competencia que tenemos hoy en día.

Hace algunos años, en el 2014, había una estadística de que el 4% o 2.4%, era de competencia de los proveedores, y esa estadística al día de hoy, no ha variado mucho. Yo sé que a veces la comparación no nos gusta mucho; pero, en países vecinos, como Chile, hay competencia cerca, en estadísticas, el 10%, donde los proveedores buscan —y es lo que genera la Ley de Contrataciones— la libertad de concurrencia, la competencia, y en eso hay que trabajar, en ese punto de promover las buenas prácticas en las contrataciones que realiza el Estado porque, si bien es cierto, recordemos, que la experiencia que solicitan, y lo vamos a ver en los paneles, los valores referenciales, acreditación de experiencia que superan a veces los tres millones de soles, nos preguntamos, ¿están pensadas para las pequeñas y medianas empresas?, ¿cómo fomentamos la competencia desde esa óptica?, ¿quiénes pueden ser los proveedores potenciales?, cuando, en estadísticas, el tribunal del OSCE viene inhabilitando a empresas que contratan con el Estado y sin querer vienen creando de alguna manera monopolios que, de alguna forma están siendo suspendidos con medidas cautelares del Poder Judicial que suspende infracciones, de alguna manera, excesiva. Eso lo vamos a ver, cuando toquemos el tema de recursos de apelaciones ante el tribunal del OSCE.

También es importante ver los mecanismos de solución de controversias, que es el arbitraje.

Bien, agradezco también a la Cámara de Comercio de Arequipa, que nos acompaña como auspiciador en el evento y esperamos que sigamos difundiendo algo que es importante, el arbitraje, ya que vivimos en tiempos donde la corrupción viene afectando mucho a nuestro sistema, y hoy es la oportunidad en que el Poder Judicial y el Ejecutivo vean nuevos mecanismos de resolución de conflictos, que ya existen, que es el arbitraje, y que internacionalmente el Perú es un buen referente para arbitrajes de inversión, arbitrajes internacionales y arbitrajes en contratación pública.

Mi agradecimiento nuevamente a la casa de estudios y a todos ustedes.

Muchas gracias.

PALABRAS DEL PRESENTADOR

Agradecemos las palabras del doctor Jorge Ruiz Bautista, presidente de Círculo de Arbitraje con el Estado.

Ahora, invitamos al doctor Rafael Santa María D'Angelo, director de la Escuela Profesional de Derecho, quien nos dará las palabras de bienvenida. Adelante, por favor.

PALABRAS DE INAUGURACIÓN

Rafael Santa María D'Angelo²

Muy buenos días, doctor Abel Ruiz, director del Círculo de Arbitraje con el Estado; profesor Juan Carlos Rebaza; profesor Grover Delgado; queridos participantes de este Seminario de Arbitraje y Contrataciones con el Estado.

Tres cosas, quisiera destacar esta mañana, la mañana que nos convoca desde temprano para un evento que resulta bastante extenso y prolongado. Lo primero, es que me parece muy importante generar estos encuentros entre profesores que vienen de Lima, profesores de Arequipa, de la región, alumnos que, precisamente, estudian estos temas y que, justamente por este espacio tan importante de encuentro, van a tocar distintos temas, distintas cuestiones, que resultan de cierta forma, no solamente problemáticas, sino, yo llamaría, desafiantes, un tema tan importante que es el tema del arbitraje y las contrataciones con el Estado.

² Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Lateranense (Italia), máster en Bioética por la Universidad Regina Apostolorum (Italia), abogado egresado de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo, es profesor visitante de la Facolta di Giurisprudenza della Università di Tor Vergata di Roma-Italia, Programa Doctorado en Historia y Teoría del Derecho Europeo y miembro de la *International Academy for Study of the Jurisprudencia of the family* (IASJF). Ha sido asesor del Ministro de Justicia en materia de Derechos Humanos y director de la Oficina de Transparencia y Defensoría de Salud del Ministerio de Salud. Fue miembro de la Delegación Peruana ante el Examen Ministerial Anual de Naciones Unidas en Nueva York el año 2010. Actualmente, es director de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. Autor del libro «Dignidad humana y «nuevos derechos»: Una confrontación en el derecho peruano», publicado por la Editorial Palestra el año 2012; además, es autor de diversos artículos publicados en revistas nacionales y extranjeras. Conferencista invitado en universidades de Nueva York (Estados Unidos), Roma (Italia), Santiago (Chile), Buenos Aires (Argentina) y Bogotá (Colombia).

Esta oportunidad que van a tener aquí, no solamente quisiera limitarla únicamente a un evento como éste, que ya de por sí es una ganancia, sino verla, yo diría, de ir a más, en algunos temas de investigación. Yo creo que desde la universidad hay un gran énfasis, no solamente por la enseñanza, sino por la investigación, es decir, algunos temas, me dirijo especialmente ahora a los alumnos que estoy viendo, algunos temas que ustedes vean que resultaría importante para ir a más en la profundización, pues bien, vean el punto para aportar, para, desde las aulas, desde el estudio, generar soluciones a una problemática que cada vez se vuelve más extensa.

Pero, esta situación no solamente converge a los estudiantes, sino también, en realidad yo diría, a todo profesional, a todo estudiioso del derecho, que siempre quiere ir a más.

Y, en esta última situación, de ver que efectivamente estos temas pueden dar pie a investigaciones y estudios, yo llamaría a algo fundamental, a una reflexión que ponga siempre el justo punto, el término medio a todas estas situaciones. En otras palabras, ver que efectivamente, como decía el doctor Abel Ruiz, la problemática de la corrupción, la problemática que estamos afrontando ya cada día más complicada en nuestro país, nos debe llevar a una profunda reflexión y, al mismo tiempo diría, a una motivación, el rol del jurista para nuestro tiempo, es decir, si desarrollamos una tarea de arbitraje, si desarrollamos una tarea de servicio en Contrataciones con el Estado, yo creo que es muy valioso establecer siempre la relación simétrica, muchas veces esa simetría en la relación del Estado con el particular, representa ocasiones para ver, digamos, derivaciones que puedan ir afectando desde la corrupción. Yo creo que es clave en el jurista, en el estudiioso del derecho, poner siempre en cualquier problemática el punto medio, una relación simétrica, es el Estado efectivamente, pero es el Estado el que participa en un proceso de arbitraje, y es el Estado el que tiene que tener justamente esa recta o esa simetría frente a un particular, que puede ser cualquier persona, definitivamente, con determinados conocimientos en cuanto a derechos y obligaciones.

Daría más para una reflexión, soy consciente de la maratónica tarea que ustedes tienen al iniciar este evento. Agradezco por su participación

y especialmente también quiero agradecer al CAE, al Círculo de Arbitraje con el Estado, por esta alianza. Sé que también esta participación, como bien dijo Abel, puede dar pie a futuros eventos, y que todo esto, volviendo a lo inicial, permita una motivación de ir a más, no por un evento se va, digamos, a pretender alcanzar todos los temas, son muchos los temas efectivamente; pero, yo creo que da pie siempre a esa motivación de seguir profundizando. Esto es muy importante, seguir cada día profundizando en el estudio del derecho, específicamente en este campo del Arbitraje en Contrataciones con el Estado.

Para todos y cada uno de ustedes, la bienvenida y, al mismo tiempo, aprovecho para inaugurar este evento.

Muchas gracias.

MESA 1: «GESTIÓN PÚBLICA EN LA LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO»

Juan Carlos Rebaza Merino¹

Grover Delgado Flores²

Jorge Abel Ruiz Bautista (moderador)

Presentador: A continuación, daremos inicio a la primera mesa de trabajo, «Gestión pública en la Ley de Contrataciones con el Estado». Para ello, invitamos a la mesa al señor Juan Carlos Rebaza Merino y al señor Grover Delgado Flores. Adelante, por favor.

Jorge Abel Ruiz Bautista: Bien, ante todo iniciando ya el programa del evento, vamos a presentar la primera mesa, que abordará la Gestión pública en la Ley de Contratación con el Estado.

El objetivo de esta primera mesa es exponer temas cruciales, importantes, en lo que respecta a las modificaciones que incorpora el Decreto Legislativo n.º 1444.

Parte de la Ley de Contrataciones, se define mucho en los actos preparatorios, en la programación que realizan las entidades. Las entidades realizan la programación de sus contrataciones para contratar bienes, servicios y obras; pero, es importante reflexionar sobre los principios dentro del marco de la Ley de Contrataciones con el Estado.

En principio, me toca presentar al doctor Juan Carlos Rebaza Merino, que es docente en la Universidad San Pablo, especialista en Contratación Pública y lleva años de experiencia como consultor, quien abordará el tema de las actuaciones preparatorias, en el marco de la Ley n.º 30225, para quien pido un fuerte aplauso.

¹ Especialista en administración y gestión municipal y en asesoría a organismos de la Administración Pública.

² Abogado, especialista en contratación pública y arbitraje. Capacitador y docente. Tiene amplia experiencia como consultor.

Juan Carlos Rebaza Merino: Buenos días a todos, muchas gracias por la invitación, siempre es grato encontrarme con todos ustedes en calidad de docente y de especialista en derecho administrativo, con especialidad también en contratación del Estado. Agradezco tanto a Jorge y a Grover, por participar de esta mesa, y espero que lo hagamos lo más interesante posible.

Yo voy a tocar un tema que quizá no es tan afín, si podríamos decirlo de alguna forma, con la concepción usual que se tiene de los abogados en relación al derecho y, específicamente, a la contratación con el Estado.

Si nosotros nos pusiéramos a pensar en cuál es el objeto de que exista toda esta normativa referida a la Contratación con el Estado, y hacemos ahorita una serie de preguntas, algunos acertaremos y otros no acertaremos; pero, queda claro al final, que la intención que tiene esta legislación es lograr un objetivo propio del Estado, cual es servir al interés público. Y eso suele muchas veces olvidarse cuando intentamos aplicar la norma y nos ponemos muy legalistas, y nos ponemos muy estéticos en conocerla y, en determinado momento, sea bajo cualquier rango como abogado, como juzgador administrativo, como parte del tribunal, incluso, como juez, no nos queda a veces claro cuál es el verdadero objetivo de toda esta legislación nacional que hay sobre Contratación con el Estado.

Me explico mejor para poder abordar el tema de fondo, en lo que corresponde a mi ponencia, con 2 hasta 3 ejemplos simples, creo que nos van a servir de mucho. Por favor, pido a todos que colaboren con lo siguiente, me pueden decir, ¿cuántos puentes tenemos en Arequipa que cruzan el río Chili?, nombre un puente, usted por favor. Uno es el Puente Grau, Chilina, Bolognesi, otro Puente Fierro, Puente San Martín, ¿otro?, ¿otro?, me van a decir «no hay más». Lesuento que hay un puente que se llama Héroes del Cenepa, ¿sabían?, está más abajo del puente San Martín, construido en el año 96 y 98, ¿utilizado?, no, no se ha utilizado. Se construyó en el año 98, fíjense cuantos años no se ha utilizado, en esa época existía la Ley de Contrataciones, sí, eran otros organismos, otras las denominaciones, otra la forma como se aplicaba, y la gestión que hubo en esa época fue una gestión centralizada, con ideas de aprobación de proyectos de forma independiente, sin consultar. Había otras legislaciones en relación a lo que era el sistema, todavía no estaba vigente el SNIP, aún no estaba vigente la Ley de Presupuesto Participativo; pero, se hizo ese puente ¿no? Lo que pasa

es que la legislación existente en esa época, no era lo suficiente como para que puedan hacer obras en beneficio de la población, que al final es eso ¿no?, entendiendo que la gestión privada lo que busca es rentabilidad, y la gestión pública lo que busca es la rentabilidad social.

Aclarado, entonces, vamos a otro ejemplo un poco poquito más reciente. Año 2004, exactamente la carretera Arequipa-La Joya, tres gestiones son las que han asumido, han intentado asumir la ejecución de ésta. En la época de —voy a referir nombres porque son nombres específicos. Es cierto, sin ningún ánimo en esta situación política de referir ningún tema político, voy a ser lo más objetivo posible y sincero y, si me equivoco en algún dato, estamos todos para corregirnos— el señor Vera Ballón, fue el primero que indicó que se debería tener una carretera Arequipa-La Joya. Todos sabíamos, yo me acuerdo, incluso, el doctor Óscar Urviola, con el que tuve la satisfacción de trabajar, cuando postuló a la Municipalidad Provincial de Arequipa, él hablaba de la carretera Arequipa-La Joya, pero la primera persona que desde el punto de vista de la gestión, que le dio intereses, fue el señor Vera Ballón, bueno, pero lo que él buscó fue la participación privada, una propuesta privada para la ejecución de la obra, por supuesto iba a ser una concesión más o menos a treinta años.

En esta concesión, de acuerdo a la legislación de la época, por la participación de la empresa privada, primero tenían que presentar el proyecto. Una vez presentado el proyecto, seguían otros trámites. El proyecto estaba valorizado en más o menos 80 millones de soles, ya les voy a decir en cuánto está valorizado ahora, 80 millones de soles, exactamente fue con Congesco la que obtuvo esta propuesta inicial de aceptación del interés, 80 millones de Soles, tenía que continuar ya con la presentación del expediente final, pero no se hizo nada durante esa gestión, no se logró conseguir el dinero y pasó a la siguiente gestión.

En la gestión del señor Guillén, se recibió este encargo, un «encarguito» de una carretera importantísima. Como sabemos, esta carretera descongestiona totalmente la variante de Uchumayo y ésta reduce en un 50% el tiempo que existe desde la salida de Arequipa hasta la carretera Panamericana, que actualmente es de hora y media o dos horas, iba a reducirlo al 50%.

Entonces, la decisión de la siguiente gestión era «¿Continuamos con la misma participación privada para la ejecución de la obra o lo hacemos de otra forma?».

Entre idas y venidas, se decidió que se haga a través de administración directa y de los 40 km que corresponden a esta obra, los 80 millones de soles para lo que estaba esta obra proyectada, para esa época subió a 210 millones de soles; y, de los 40 km que tenían que ejecutarse, solamente se han ejecutado 16 km. No se había contemplado en el primer expediente, en el expediente que se hizo con participación privada, no se había considerado la ejecución de túneles y del puente, que es lo que aumentaba totalmente en forma importante, el valor de esta obra. Se hicieron sólo 16 km y nada más.

Entiendo que la nueva gestión, esta gestión actual después de catorce años, va a continuar con la obra, va a terminarla, es una promesa que ha hecho y tengo entendido que el gobierno nacional también está colaborando con ellos, pero ya no vale 80 millones de soles ya no vale 210 millones de soles, vale 600 millones de soles.

Entonces, pensamos ¿no?, «tenemos la legislación ahí, tenemos que dar cumplimiento a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado», y ¿qué es lo que falla? No me van a dejar mentir los doctores ponentes y también ustedes que tienen, los que tienen también experiencia en esto, verán que los problemas no necesariamente se presentan con los motivos, los problemas no se presentan necesariamente en la ejecución del contrato, principalmente el contrato de obra, puede que ahí se produzcan los problemas; pero, las causas del problema vienen de antes, malos términos de referencia, malos expedientes. Entonces, la pregunta es ¿qué pasa?, ¿cuál es?, ahora, seamos funcionarios públicos, seamos supervisores de obra, seamos residentes, seamos árbitros, en un problema de éstos, sí o sí, y eso es para la reflexión en este sentido, como abogados, vamos a tener que revisar desde el inicio el expediente, porque no se trata únicamente de verificar y ver si se cumplió o no se cumplió el contrato suscrito, porque el problema de repente no ha sido eso, el problema va más atrás, el problema ha ido en relación a la planificación y, lamentablemente, a veces no le damos importancia a eso.

Vamos a hacer referencia dentro de unos minutos a qué es lo que dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en relación a esta parte,

actuaciones preparatorias; pero, vamos a ver que, —y ésta es la propuesta que postulo— creo que a nivel legal y creo que, a nivel también operativo, no estamos haciendo mucho; ergo, los problemas no se van a solucionar. Si hacemos mal una planificación, si hacemos mal el presupuesto, si hacemos mal los términos de referencia, si hacemos mal el expediente técnico, los problemas que surjan a futuro, pues, así los resolvamos de una forma como árbitros, ¿quién va a ser el más perjudicado?, la población, la población, o sea que esa rentabilidad social a la cual supuestamente aspira el Estado en la ejecución de estas obras, y lo podemos ver claramente, ¿acaso después de 14 años que se ha planificado esta obra, acaso hace más de veinte años que tenemos el puente Héroes del Cenepa, está sirviendo de algo?, no.

Entonces, mi primera sugerencia, mi primera propuesta en esto, es que verifiquemos que es muy importante, que son muy importantes los pasos de las actuaciones preparatorias, y es muy importante también, la verificación y el control, la dirección y el control durante la ejecución del proyecto; pero, teniendo en cuenta la planificación previa. Cuando hablamos de gestión, sea gestión privada o pública, siempre hablamos de que lo primero es la planificación. Cualquier gestión pública o privada, lo primero que hace es planificar, y cuando planificas, vienen los documentos de gestión y planificación y, posteriormente, en base a ellos, genera su organización y, en general, de la organización, ejecuta todos los planes en base a las tareas, metas, objetivos, realiza controles para ver si éstos se están realizando adecuadamente y a futuro.

Bueno, una vez que se vea la obra pública realizada, se ve, pues, que realmente sirva en beneficio a la población. Estos ejemplos nos pueden decir claramente que no hay, no existe lamentablemente en nuestro país y, por lo menos, en esta región, conceptos claros sobre planificación, y la legislación, no sé si es adecuado o no decirlo, la legislación en esa parte no está cumpliendo con generar candados especiales para que se haga.

Sabemos que las fases de la contratación pública son tres. Tenemos la planificación y actuaciones preparatorias, fíjense ¿no?, dice «Planificación y actuaciones preparatorias» y, luego, el proceso de selección y la ejecución contractual. Eso lo tenemos bastante claro.

A nivel constitucional y a nivel legal, se fijan en la planificación, específicamente a nivel constitucional, y el presupuesto obliga al Estado a que

planifique sus ingresos, planifique sus gastos y desarrolle documentos de gestión para que esto se vaya aplicando.

Dentro de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, vemos que existen ciertos principios que nos llevan a tomar en cuenta esta rentabilidad social, nos dicen que debe haber eficiencia y eficacia, eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos. En relación a esto, con estos dos ejemplos vemos que no se ha logrado mucho.

Un ejemplo más para ver también cómo es que la legislación ha tratado, digo ha tratado, de corregir estos defectos con el objeto de que no haya estos graves problemas al momento de la ejecución de un determinado contrato, de la ejecución de una obra, ha tratado de corregirlos; pero, creo que aún no se ha logrado o, de repente, los resultados se verán después. Uno de éstos, estas normas se suelen dictar a través de directivas, en este caso, una directiva de riesgos en la ejecución de obras, con el objeto de corregir algunos problemas que pueden existir; y, valga el último ejemplo, para ver que realmente, quizás no se deberían tomar estas correcciones como las propuestas que ha enunciado el OSCE a través de su directiva.

Tenemos el problema de una reciente obra que es la Variante de Uchumayo, una obra que debió durar un determinado tiempo, ha durado tres meses nomás. El Colegio de Arquitectos y el Colegio de Ingenieros veían desde un inicio, por lo menos yo lo he leído así, y así, arquitectos como Mauricio Huaco, el señor Solís, entre otros, acusaban ya el hecho que no debería hacerse este tramo de la Variante Uchumayo, que debía hacerse al ras del suelo y no en subsuelo, ¿por qué?, porque todos los arequipeños conocemos que en esa zona, ustedes de repente, la mayoría son bastante jóvenes, pero que en esa zona hay mucha agua. Se hizo el expediente técnico, se procedió a la ejecución y ¿qué pasó?, encontraron agua. Y eso ha llevado a que el proyecto se sobrevalore, a que haya una sobrevaloración del proyecto de 16 millones de Soles o más y, adicionalmente a eso, una demora en la ejecución del mismo, entre otros defectos que se van a ver, incluso, después de la inauguración, que ya lo han estado criticando a nivel de estos colegios profesionales.

Entonces, ya la legislación toma en cuenta, y les hablo de la fase preparatoria, indica que, para poder realizar previamente cualquier adquisición, las entidades públicas deben tener previamente ciertos documentos de gestión. Uno, es el Plan Operativo Institucional, otro documento de gestión

es el Plan de Adquisiciones y Contrataciones, Plan Anual de Contrataciones, y van limitándose posteriormente a que, por áreas, áreas usuarias, vayan en base a estos documentos de gestión, requiriendo ciertos servicios, ciertos productos y ciertas obras también.

En el caso de obras, dependiendo de la obra, se requiere ciertas condiciones técnicas, para primero elaborar un monto referencial, datos generales y, posteriormente, conforme vaya avanzando, vayan precisando posteriormente el expediente técnico, y este expediente técnico se tenga que ejecutar. Antiguamente, era el Sistema Nacional de Inversión Pública, ahora de alguna forma ha variado; pero, ¿se soluciona con esto el problema?, ¿cuál es el fondo de este problema?, existe la legislación, existe la obligación de generar la planificación, existe la obligación de generar documentos de gestión para poder desarrollar esto. Pero, se siguen presentando los problemas; entonces, ¿qué hay que hacer?

La legislación se ha puesto en estos casos, y ya plantea ciertas restricciones en relación a las formulaciones de estos documentos de gestión y en relación a los expedientes técnicos, y genera una directiva, que le ha llamado «Directiva de Gestión de Riesgos en la Planificación de Ejecución de Obras». O sea, le dice a la entidad pública que pueden existir ese tipo de riesgos al momento de ejecutar la obra pública, es la Directiva n.º 012-2017, y ¿qué tipo de riesgos se pueden —se los leo ah, textualmente se los voy a leer— presentar? riesgo de errores y deficiencias en el diseño que repercuten en el costo, la calidad de la infraestructura, nivel de servicio y/o puedan provocar retrasos en ejecución de obra; riesgos en la construcción que generan sobrecostos y sobre plazos sobre el periodo de construcción, los cuales se pueden originar por diferentes causas; riesgos por expropiación de terrenos, hemos visto en la ejecución de recientes obras este riesgo, ¿no? Riesgo por expropiación de terrenos, de que el encarecimiento o la no disponibilidad del predio donde construir, la infraestructura provoque retrasos en el comienzo de las obras; riesgo geológico o geotécnico, que se identifica con diferencias en las condiciones del medio y el proceso geológico sobre lo previsto en los estudios; riesgo de interferencia de servicios afectados; riesgo ambiental; riesgo arqueológico; riesgo de obtención de permisos; riesgos derivados de los eventos de fuerza mayor; riesgos regulatorios normativos; riesgos vinculados con accidentes de construcción.

Ésta es una de las alternativas que ha tomado en cuenta que, una vez generado el expediente técnico, incluso, el propio expediente técnico incluya dentro del contrato, esta posibilidad de que se presenten estos riesgos. Pero, de que se presenten estos riesgos, el asunto está en qué se debe hacer antes, precisamente, en la parte de actuaciones preparatorias de los documentos de gestión, desde la planificación. Para mí, particularmente, ahí es donde redunda mi preocupación, ¿qué es lo que se debe hacer?, hacemos una mala planificación, entonces, ténganlo por seguro que el objetivo para el cual se ha creado la Ley de Contrataciones y el objetivo para el cual se ha aprobado determinada construcción y determinada obra, pues, no se va a tener, esta rentabilidad social tan esperada no se va a tener, no va a haber sostenibilidad. De repente hemos visto ¿no?, sin ir muy lejos, en la propia Variante de Uchumayo han demolido un paso a desnivel, precisamente para construir otro, y ¿es muy antiguo?, no es muy antiguo. Y, asimismo, va a pasar en otras obras que no van a tener duración en el tiempo, que debieron tener esto, se debió contemplar en la parte de la planificación.

Entonces, cuando Rafael, en relación a esto, dijo unas cosas muy interesantes, estos son espacios para que se proceda a investigación, son espacios, ustedes como futuros abogados o como abogados especializados en el tema mañana abordado, pero son espacios también para decirles que no se olviden que sin planificación resulta insulso, pues, intentar dar cumplimiento al término de referencia, expedientes técnicos que están mal elaborados y, si es que nos vamos más atrás, en la aprobación de documentos de gestión importantes, como el Plan Operativo Institucional, como el Presupuesto Inicial de Apertura, como el Plan Anual de Contrataciones, etcétera, etcétera, pues, no llegamos a mucho.

Y ¿a quién le delega la entidad pública para realizar estos documentos de gestión?, ¿tiene las capacidades suficientes para hacerlo? Pues, la historia nos dice, los antecedentes nos dicen, que no es así.

Entonces, yo sinceramente veo que, si bien es cierto, la ley ha mejorado mucho y está abordando temas importantes en relación a esto, el problema de falta de planificación no se está abordando concretamente, y creo que si no se aborda concretamente, lamentablemente vamos a ver resultados como los que venimos viendo, obras mal hechas, obras sobrevaloradas, obras que no redundan en beneficio de la población, obras que

demoran demasiado en su ejecución y generan mayor cantidad de recursos del Estado y que no las veo materializadas en nada. Muchas gracias.

Jorge Abel Ruiz Bautista: Bien, agradecemos la ponencia del profesor Juan Carlos Rebaza Merino.

Hay temas importantes que tenemos que reflexionar, y me permito comentar algo al respecto, a propósito de las modificaciones del Decreto Legislativo n.º 1444.

Ha hablado una palabra muy clave, que en las entidades del Estado hace mucha falta, planificación. El Congreso, nuestro querido Congreso, va a discutir un punto importante, sobre cuál va a ser el presupuesto del próximo año.

El MEF ya ha señalado, todavía no entra en discusión del Congreso, que el presupuesto para el próximo año 2019 va a ser 160,000 millones de Soles, y ese dinero sale de todos los peruanos, es por eso que el tema de contratación pública es de interés general, saber qué hacen con el dinero que tributamos.

Entonces, las entidades públicas ¿cuándo deben programar?, por ejemplo, ¿en julio de este año?, ¿en diciembre de este año? La ley no especifica eso; pero, lo que sí se señala en gestión pública, es que las planificaciones, el Plan Anual de Contrataciones para el 2019 ya tendría que estar programado desde julio, pero ¿cuál es el sentido de la mayoría de las entidades? Que ahorita están gastando todos los fondos públicos que tienen, el presupuesto que tienen del 2018, el próximo año, 2018.

Entonces, ¿cuándo empiezan a planificar?, ¿por qué hay diferentes arbitrajes en temas de obras?, que es lo que se arbitra más, los adicionales, y es que los ponentes no me dejarán mentir, los expedientes técnicos que son elaborados por las entidades o por los consultores, no son de acuerdo a la realidad. Muchas veces se discuten arbitrajes en los que el expediente técnico para determinada obra fue «copia y pega» para la obra de otra provincia, y ahí están nuestros famosos consultores. ¿Qué hacemos con ese tema?, ¿podemos sacar una nueva ley de contrataciones?, no, ¿cada cuánto el gobierno viene promulgando una nueva ley de contrataciones?, anteriormente el estándar era cada 4 años, ahora ya son 2 años, acaba el diplomado, publican el nuevo Decreto Legislativo n.º 1444 y, próximamente, se vienen nuevas modificaciones al Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Y la pregunta es, ¿seguir modificando las leyes generará nuevas realidades?, ¿tener una nueva ley de contrataciones, mejorará el tema de planificación, el tema de no tener disputas en obras?

Yo pienso que el derecho no crea realidades, el derecho regula las conductas y, mientras los operadores, el área usuaria, el órgano de contratación, los logísticos, quienes se encargan de elaborar los concursos públicos, las licitaciones públicas, el expediente técnico, las bases estandarizadas, tienen que conocer más la ley de contrataciones y sus modificaciones, no lo digo yo, lo dice el informe de la Contraloría General de la República, quien recomienda capacitar a los órganos de contratación de las diferentes entidades, porque parte de los problemas es el desconocimiento de la ley, porque aquí no aplicamos Código Civil, aquí aplicamos una ley especial, la Ley n.º 30225, su modificación, el Decreto Legislativo n.º 1341 y, recientemente, lo que tienen que revisar hoy en día, es el Decreto Legislativo n.º 1444, que incorpora nuevas modificaciones a la Ley n.º 30225.

Entonces, los especialistas en contratación pública nos vemos forzados a ir actualizándonos y estos espacios nos ayudan para ver cuáles son las modificaciones. Y voy a comentar una respecto a los actos preparatorios, el valor estimado regresa, y eso apúntenlo, por favor. Ahora les voy a decir dentro de lo que ha comentado el profesor Juan Carlos, el Decreto Legislativo n.º 1444 modifica el artículo 16 sobre el requerimiento de la entidad; y esto, les invito a pensar, pongámonos un minuto como funcionarios de una entidad pública, la que ustedes deseen, el Gobierno Regional de Arequipa, por ejemplo, somos el órgano de contratación, si un órgano de contratación no sabe qué es lo que va a contratar el 2019 en bienes, servicios en contratación, entonces, ¿cómo va a planificar?, y es algo que comentaba con mucho acierto el profesor Juan Carlos.

Y este requerimiento ha sido ya modificado, se modifica el artículo 16 a través del Decreto Legislativo n.º 1444, que incorpora, fíjense, la norma establece que el reglamento establezca mecanismos que puedan utilizar las entidades para la difusión de sus necesidades, con la finalidad de contar con mayor información para poder optimizar los requerimientos.

Y cuando uno ya tiene claro qué es la necesidad de la contratación, el requerimiento, previamente hace algo muy importante y en lo que hay que poner énfasis, el estudio de mercado. Por ejemplo, regresamos al ejemplo del Congreso, nuestro querido Congreso. Hace poco, no, este año, compró

las famosas computadoras, que les costaron varios millones, unas señoras computadores para todo el Congreso y, claro, la finalidad pública es que los congresistas quieren el tema de tener unas computadoras; pero, viendo el requerimiento, ¿cómo hacen el estudio de mercado?, ¿a quiénes invitan? Ustedes son órganos de contratación, están en el área usuaria, están en el área de logística, ¿a quiénes invitarían para cotizar?, porque si no se hace un estudio de mercado objetivo, no vamos a poder determinar el valor estimado, y ése es otro punto que se ha modificado y voy a comentar.

Si el Estado no sabe cuánto le va a costar un bien, un servicio, una consultoría en una obra, entonces, eso no lo va a modificar la ley, no le va a dar todo «comidito», esto lo tiene que saber dentro del estudio de mercado, y eso es parte de la gestión pública que realiza un órgano de contratación. Pero, ¿qué es lo que hace?, y eso me ha pasado, quiero contratar un servicio de limpieza, te adjuntan el TDR y te dicen, «Bueno cotízame, manda tu propuesta, tu mejor propuesta, tienes hasta el día lunes», te dan dos días para que cotices y para que te leas todas las bases y uno dice, «Ok, vamos a cotizar», y cuando llegas al lanzamiento de la convocatoria, te ponen más requisitos, los famosos ISOS, que no te lo dijeron en el estudio de mercado.

Entonces, el Estado contrata de esta manera, quiere, te cotiza, te pide una cotización por «A», te dice «Servicio de limpieza», te pone los términos generales y, cuando lanza sus bases, te dice «Te voy a dar puntaje por ISOS», es decir, pongámonos en la lógica del empresario, un empresario va a vender un producto que tenga una certificación ISO a 100, cuando ha cotizado por 80, cuando no le pidieron ISO, entonces, es evidente que el producto va a subir. Y claro, pero ya hiciste tu estudio de mercado, sin tener en cuenta que les vas a exigir ISOS a los empresarios, a los proveedores, entonces,quieres comprar barato,quieres comprar bonito y que te salga a cuenta ¿no?, pero ¿quién pierde ahí? El proveedor; el proveedor que dice «Ok, me vas a lanzar un valor referencial por un millón, cuando te he cotizado sin ISOS y eso, evidentemente, cuando me pides ISOS, te va a valer más», y eso es lógico, eso es lógico, porque las empresas que tienen ISO, han invertido, un ISO te puede costar, en consultoría solamente, para implementación de un ISO, una certificación, estamos hablando de 50,000 soles.

Entonces, si la empresa, el proveedor, implementa esto, sus costos van a variar porque está buscando una calidad en su producto; pero, si tu área usuaria no hizo esa cotización, ese requerimiento y dices «Bueno sí, he cotizado y estas tres empresas me dicen que va a valer un millón», y luego maliciosamente le pides ISO, eso no es objetivo, eso no es buscar el principio de eficiencia y eficacia que exige la Ley de Contratación con el Estado. Entonces, al final, tenemos malos servicios, malas consultorías, malas prestaciones de bienes.

El tema de *Qali Warma*, ¿por qué hay intoxicaciones de niños?, ¿cuál es la calidad del producto que se le da a los niños?, ese es un tema que se tiene que poner en discusión, ¿y eso lo va a modificar la ley, un reglamento, un decreto?, no, eso es gestión pública, eso depende del órgano de contratación que esté especializado en la materia; pero, si ponemos a los «hermanitos», a las llamadas de los «hermanitos», «Oye hermanito, sí, estoy en tal entidad como gerente, ¿quieres trabajar acá?», «Sí oye, pero no conozco nada de la Ley de Contratación», «No, está bien, vente», y empiezan a hacer temas de colusión con los empresarios, dicen «Tú pagame tanto», y ahí vienen los diezmos, los famosos diezmos, «¿Quieres ganar tal obra?, ¿quieres ganar tal adjudicación?, tienes que pagarme tanto acá».

Y, ¿qué genera eso?, que el empresario ajuste sus precios y les dé una mala calidad a los productos que le va a vender al Estado, porque ese diezmo, como lo hacía Odebrecht, no va a salir del bolsillo de los gerentes, de los directores, de los accionistas, sale ajustando precios. Y uno piensa, y es lamentable, cuando yo me reúno con empresarios, con proveedores, ellos me cuentan, «Para ganar un proceso, yo tengo que pagarle al logístico, a la entidad, al funcionario, si no, no gano doctor», o sea, tienen el chip, lamentable, de que, para ganar una licitación, un concurso público, tiene que haber trato por dinero, al comité de selección, etcétera, y eso es algo que tiene que ir cambiando.

Lo que yo recomiendo es, si tú estás del otro lado, como proveedor del Estado, tienes que tener una buena asesoría legal, porque se publican las bases, pero hay una etapa, lo va a tocar seguramente el doctor Grover, de observación y consultas a las bases, pero si tú como proveedor, no haces ese ejercicio dentro del plazo para observar las bases, elevarlas a la dirección de riesgo del OSCE, entonces, estás consintiendo direcciones en las bases en una planificación, en una elaboración de bases de términos de

referencia que ya estén dirigidas a una determinada empresa, a un determinado postor, que exactamente cumple todos los requisitos de las bases, curiosamente ¿no?, le han puesto todos los requisitos que una empresa solamente la cumple. Y hablamos, ¿eso es libertad de concurrencia?, ¿eso es libertad de competencia?, es lo que busca la Ley de Contrataciones?, porque no todo está en la Ley de Contrataciones y su reglamento, pero sí tenemos principios, y lo que busca la Ley de Contrataciones es fomentar la participación de las empresas.

Y eso es algo que va a seguramente tocar el doctor Grover Delgado, pero únicamente voy a terminar con un tema que espero lo apunten, el Decreto Legislativo n.º 1444, también modifica el artículo n.º 18 de la Ley n.º 30225, regresa el valor estimado para bienes y servicios. Y ¿qué quiere decir esto?, que, en las bases, con la última modificación que hizo el Decreto Legislativo n.º 1341, los postores, los proveedores, sabían cuánto el Estado podía pagar. Por ejemplo, contratación de servicios de seguridad y vigilancia privada, hay un contrato por un año, son veinte puestos de seguridad, y eso yo como entidad te puedo pagar dos millones por un año de servicio de seguridad y vigilancia privada. Las empresas de seguridad manejaban ese rango, ¿por qué?, porque las empresas tienen que presentar una oferta económica, dentro de su propuesta integral, una oferta. ¿Y qué hacen los empresarios?, van porque compiten con diferentes empresas, entonces, si yo tengo un margen de que la entidad va a pagar por ese servicio dos millones, yo como empresa me bajaré el 3%, el 4% en mi oferta económica, para competir con las demás empresas de seguridad. Pero, ahora no, ahora el valor estimado lo que va a buscar, es que no haya en las bases la cuantía, y ¿qué es lo que va a generar?, que, digamos, las empresas oferten, oferten lo real, digamos.

Seguramente el doctor va a profundizar un poco más sobre este tema; pero, el valor referencial sigue para obras, para obras sí se va a mantener el valor referencial, pero para bienes y servicios, regresa el valor estimado.

Bien, no quiero quitar más tiempo al doctor, pero voy a tener el honor de presentarlo. El doctor, permítanme, el doctor Grover Delgado Flores es abogado por la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, la casa de estudios, magíster en contratación pública por la Universidad Castilla La Mancha, España. Es especialista en arbitraje por la Pontificia Universidad Católica del Perú, también tiene una amplia trayectoria como consultor,

como capacitador, en temas de contratación y arbitraje. Les pido un generoso aplauso.

Grover Delgado Flores: Buenos días con todos, gracias Abel por la invitación, gracias a la Universidad, mi casa de estudios, como bien lo dijeron, soy ex alumno de la Universidad Católica San Pablo y me siento muy orgulloso, en esta oportunidad, por representarla y dar las experiencias que tiene uno en el tema de contrataciones públicas y en arbitraje. Como bien lo dijo, mi nombre es Grover Delgado Flores, y voy a estar a cargo de hablar temas del procedimiento de selección en sí y del recurso de apelación.

Me da mucho gusto ver gente joven, gente de control que conozco, de Contraloría, proveedores y funcionarios y servidores públicos.

Para comenzar, les quisiera hacer una pregunta, ¿quiénes de ustedes son proveedores del Estado?, ¿pueden levantar la mano? Uno, dos, tres proveedores del Estado; ¿funcionarios públicos? Quisiera saber quiénes son funcionarios públicos, ¿pueden levantar la mano, por favor? Uno, dos, tres, cuatro, perfecto; y, quiero saber quiénes son los estudiantes, los que estamos en las últimas, la gran mayoría, ¿verdad?

Eso me alegra mucho, ¿saben por qué?, porque en tema de Contratación Pública, que es un tema que no está muy tocado en la actualidad y tiene mucha, mucha relevancia a nivel de nuestro entorno nacional, ¿por qué?, cuando nos enseñan en la universidad temas de derecho penal, temas civiles, temas administrativos, no nos damos cuenta de que las contrataciones con el Estado enmarcan todas estas ramas del derecho y, sin embargo, no le tomamos la importancia debida.

Les voy a explicar por qué. Cuando yo hago un procedimiento de selección, unas actuaciones preparatorias de manera deficiente, no cumple como funcionario mi rol, mis documentos de gestión interna, ¿qué es lo que me va a pasar?, a ver, a los funcionarios públicos, cuando no cumple con mis funciones establecidas en mis documentos de gestión, en mi ROF o en mi MOF, responsabilidad administrativa, y ahí tengo temas de derecho administrativo, que van a ser sancionados o por la entidad en temas de sanciones leves, o por la Contraloría General de la República en sanciones graves o muy graves.

Asimismo, cuando estoy haciendo la ejecución, por ejemplo, de una obra, y determino que la obra ha sido sobrevalorada o que me han determinado una ampliación de plazo o un adicional, de manera irregular, voy

a tener que se le está causando un perjuicio económico al Estado. Ese perjuicio económico al Estado, ¿cómo lo voy a pedir?, ¿por qué vía?, ¿alguien me puede decir?, ¿vía administrativa?, no, vía civil, ¿no es cierto? Y ahí enmarcamos a todo el derecho civil, que está en temas de contrataciones.

Y lo más grave aún, cuando yo veo temas de favorecimientos, hablamos de temas de presuntos favorecimientos en las Contrataciones del Estado, direccionamientos para determinadas empresas, estoy hablando como colusiones, negociaciones, temas de cohecho, estamos hablando de temas de responsabilidad penal, ¿verdad?, y ahí vamos a darnos cuenta que el tema de contrataciones engloba muchas ramas del derecho, que son muy importantes, ¿ok?

Entonces, bajo esa premisa, vamos a empezar a analizar punto por punto, el tema de las contrataciones públicas. Y, como les dije, me alegra que haya bastantes estudiantes, porque en estos tiempos vemos que la corrupción es algo que está dañando nuestro país, y que esta corrupción se está dando más que todo en ámbitos nacionales, en ámbitos regionales y hasta en ámbitos locales, en todas las esferas del Estado, en todas las organizaciones, y que ya viene desde años atrás, y nosotros como gente joven, gente nueva, tenemos que empezar a cambiar esta realidad del Estado.

Y, señores proveedores, va para ustedes también, nos tienen que ayudar a cambiar la realidad del Estado, funcionarios públicos y servidores, ayúdennos a cambiar la realidad del Estado. Es una tarea y es una labor difícil, sí lo sé, no les voy a decir que, de acá a un año, de acá a cinco años, la corrupción en el Perú no va a existir, es una tarea a largo plazo, pero la pregunta es, ¿cuándo la vamos a empezar a hacer? Hay que empezarla a hacer desde ahora, desde el lugar en que nos encontramos, como funcionarios, como proveedores, y la gente nueva, estudiantes que salen al campo de la administración, que les guste el tema de la gestión pública, puedan realizar sus funciones de acuerdo a la norma.

Y esto va de la mano de un tema de ética, el tema de la corrupción viene de un tema de ética. Eso por lo que nosotros culpamos al Estado, eso de decir «La corrupción está en el Estado, está en las mayores esferas del Estado», es verdad en algunos casos, es ahí donde se da el fruto de la corrupción; pero, muchas veces, vemos que la corrupción viene desde abajo, y viene de un tema de ética de familia, cómo nos forma nuestra familia, cómo nos educan nuestros padres, cuál es la formación que tenemos en la

universidad, y no me dejarán mentir, esta casa de estudios enfoca mucho el tema de la ética y el tema de los valores en los estudiantes.

Lo he llevado, lo he cuestionado en algún momento, porque decía, cuando era estudiante decía, «¿por qué tantos cursos de formación, cuando yo quiero seguir cursos de especialidad en la materia?», y cuando estás afuera, ahí te das cuenta porqué es la currícula de la universidad, y le terminas dando gracias a la universidad por cómo te formó y coadyuvó a la formación que te da tu familia, porque todo parte de casa.

Entonces, bajo estas ideas vamos a empezar el tema del procedimiento de selección en sí, con un ejemplo. Este ejemplo lo saqué, lo miré, mejor dicho, de un *coach* al que admiro mucho y sigo bastante, y que tiene por nombre el tema de la señora Kimoto.

Es el caso siguiente, para empezar con un ejemplo y entramos al tema de la contratación. ¿Qué pasa? Nos vamos a imaginar que en un determinado país, se pone una caja de verduras en el suelo, dice que pasaba una persona y ve la caja de verduras que estaba en el suelo y una cajita donde había dinero; entonces, la persona preocupada, mira la caja, mira las verduras y mira el dinero y dice, «¿Dónde está la señora Kimoto?, no está, le van a robar», entonces, se queda cuidando una hora, dos horas, y como no venía la señora Kimoto, pasaron las dos horas y se fue a su casa.

Llega a casa y le dice a su padre, «Papá, le robaron a la señora Kimoto». Y el papá le dice: «¿Cómo que le robaron a la señora Kimoto?». «Sí, papá, mira, yo fui y encontré que estaba la caja, estaba la plata, la traté de cuidar un buen tiempo, pero la señora Kimoto no vino, entonces, me tuve que ir, seguro ya le robaron».

Entonces, el papá le dice: «Eso es imposible, porque acá no roban». «¿Cómo que acá no roban?». «Acá no roban», le dice. Entonces, la persona no entendía el tema de que no se robaba en esa ciudad, y le dice: «Papá, y ¿por qué acá no roban?». «Porque ése es un tema de inteligencia, esas verduras de venden solas, va la gente; escoge la verdura; deja el dinero; si es que tiene vuelto, lo recoge, hace el cambio y se lleva su vuelto; y la caja se vende sola. Viene la señora Kimoto en la noche, recoge las verduras que quedaron, recoge el dinero, se va y ése es el transcurrir diario, ¿me dejó entender?

Entonces, como esa caja se vende sola, no necesita, y acá no hay ladrones». Y el hijo no entendía esa concepción y dice: «¿Por qué?».

Eso es inteligencia, como les digo. ¿Por qué? Si es que yo me doy cuenta de que la gente me va a robar, entonces, me va a forzar a mí como vendedor —vamos a entrar ahí al tema de proveedores—, me va a forzar a mí como vendedor, a colocar una persona que vigile que no me roben, entonces, la fruta que estaba a dos soles, ya no la voy a vender a dos soles, la voy a tener que subir a tres soles, y a la leche le voy a tener que aumentar agua.

Entonces, ya entro a distorsionar el mercado, entonces, yo pongo una persona, aumento el precio, adulteró el producto y, como sospecho que la persona me va a poder robar, porque estoy con la concepción de que hay ladrón, tengo que poner una cámara de vigilancia, una cámara de vigilancia que me va a costar otro precio, pongo a una señorita, adulteró el producto, pongo a una señorita que se ponga a vigilar el precio y pongo una cámara de seguridad; entonces, entro en un círculo en donde se empieza a distorsionar el mercado, el precio empieza a subir, entonces, empiezo a engañar a los usuarios que me vienen a comprar y vienen lo que llamaríamos aquí en Perú, los fiscalizadores, vienen y me dicen «¡Hey!, señora Kimoto, me he dado cuenta de que usted está adulterando el precio, está subiendo los precios, está adulterando el producto. A la leche le está poniendo agua y se está modificando todo», la señora Kimoto le dice «Efectivamente, yo estoy adulterando el producto, estoy aumentando agua a la leche. ¿Por qué? Porque esta caja se vendía sola; en cambio, cuando me di cuenta que me estaban robando y tuve que poner a una señorita, esa señorita como me di cuenta que me robaba, tuve que colocar un aparato de vigilancia, para asegurarme que no me puedan robar, entonces, ¿usted viene del gobierno?», «Sí», «Ok, como usted viene del gobierno y estamos en un círculo de corrupción, tome 50 Soles y váyase, por favor», el señor le dice: «Oiga, pero somos del gobierno, nosotros no podemos entrar en este ruedo». «Pero, son cincuenta soles de este puesto, usted se va a ir más allá y va a juntar cincuenta soles por diez puestos más». Entonces, el señor le dice: «Cincuenta soles por cada puesto».

Entonces, la administración pública entra en este ruedo de confusión y de adulteración del ciclo del productor y eso es lo que está pasando, el tema de la corrupción en nuestro país. Nosotros tenemos que tener en mente que siendo honestos y éticos, vamos a poder generar mayores productos y mayores beneficios a nuestro país.

¿Qué dice el artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado? —entrando al tema—, nos dice, palabras más palabras menos, «La presente ley tiene como finalidad comprar, adjudicarse bienes, servicios y obras bajo las mejores condiciones —¿de qué?— de precio y calidad, bajo un enfoque —¿de qué?— de gestión por resultados».

A diferencia del Decreto Legislativo n.º 1017, que estuvo vigente hasta el 2015, la Ley n.º 30225, que entra en vigencia el 9 de enero de 2016, con su reglamento, aumenta este tema de gestión por resultado. ¿Qué es lo que quiere decir: «Gestión por resultados»? ¿Jóvenes? «Gestión por resultados» quiere decir, tú, funcionario público, te doy más amplitud en tus decisiones de gestión, pero dame un resultado positivo, por eso es que se aumenta una de las materias de los cambios al decreto legislativo a la ley, es que se aumenta de tres UITS a ocho UITS, con la finalidad de generar factores de gestión por resultados.

Y, ¿qué más nos dice el artículo 1?, que tengan una repercusión positiva en la vida cotidiana de la sociedad. A ver, miren, una repercusión positiva en la vida cotidiana de la sociedad, anteriormente, cuando teníamos el PAC, ¿saben qué es el PAC?, señores estudiantes, ¿sabemos que es un PAC, no?, no hay ningún problema, acá se les va explicar todo. El PAC es el Plan Anual de Contrataciones, es todo lo que yo voy a hacer en el año. Cuando yo me voy el sábado al mercado, hago una lista, ¿no es cierto?, nuestra mamá hace una lista y dice «Voy a comprar tomate, voy a comprar cebolla, voy a comprar apio, voy a comprar zanahoria», y todo lo que yo va a comprar lo apunto en una lista. El PAC es eso del Estado, de una entidad, yo voy al gobierno local o a un gobierno regional o nacional, y va a tener una lista que se llama Plan Anual de Contrataciones, es público señores, podemos ir a cualquier entidad y la podemos ver, es público, y vamos a ver los bienes que van a contratar, los servicios que van a contratar, las consultorías que van a contratar y las obras que van a ejecutar, y ahí nos vamos a poder dar cuenta de qué es lo que van a hacer en nuestro distrito, en nuestra provincia, en nuestra región, en distintas esferas.

¿Y a qué iba eso?, con el Decreto Legislativo n.º 1017, nos decía lo siguiente: «Tú, entidad, tu presupuesto que yo te doy anualmente, tu PIA, tú me lo tienes que gastar a fin de año, no importa en qué, gástalo y cumple tu PAC, gasta y cumple tu PAC, punto, así le sirva o no le sirva a la gente, utiliza y gasta y cumple el PAC, gástalo y punto, cosa de que el siguiente

año, te lo vuelvo a dar». De eso se dieron cuenta los legisladores y fue un buen cambio en la norma n.º 30225, y te dice «Ok, gasta; pero, ya no lo vas a gastar en función a tu PAC, lo vas a gastar, ahora, en función a generar repercusiones positivas en la sociedad», gestión por resultados. Ya no lo enlaza directamente al PAC, eso es un cambio muy importante.

Otro cambio que tuvo la Ley n.º 30225, fue que incorporó un valor estimado y tuvo, según estadísticas del OSCE, una respuesta positiva, verde, muy buena, porque al yo no publicar mi valor estimado, ¿qué es el valor estimado?, es cuando yo quiero comprar una silla, aunque una silla no entraría ¿no?, pero es un ejemplo, entonces, yo quiero comprar una silla, yo usuario le digo a logística, «Quiero comprar esta silla con tales características», y el departamento de logística va a ir al mercado, lo que bien señalaron Abel y el doctor Rebaza, va a ir a hacer su estudio de mercado a ver qué empresa cumple con las características que me pidió mi área usuaria. Es por eso es que el artículo 8 del Reglamento de la Ley de Contrataciones dice «El área usuaria es la responsable de determinar de forma precisa y clara los términos de referencia, especificaciones técnicas del bien o del servicio que se quiere contratar».

Paréntesis, ¿por qué se señala eso?, ustedes dirán: «¿Está bien de que yo, área usuaria, diga: “Quiero una computadora” y la coloque así “Requiero una computadora”?», ¿está bien?, le digo a los logísticos, «Quiero una computadora, tráeme una computadora». Aunque no lo crean, hay entidades, y lo veo en las asesorías, que le ponen así, «Quiero una computadora», punto, y no le ponen características. Entonces, el logístico, bajo esa premisa de «Quiero una computadora», dice «Ok, te traigo, pues, una computadora I3»; y, sin embargo, quien lo estaba solicitando, era la gerencia de infraestructura, quienes necesitan *software* avanzados para sus trabajos; pero, ¿ellos qué dijeron?, «Quiero una computadora», entonces, cuando llega la computadora, el área usuaria le va a decir «Oye, esa computadora no me sirve», el logístico le va a decir «Tú me pediste una computadora, ahí tienes tu computadora», por eso es que la norma te dice, especificaciones técnicas, en términos de bienes, me los tienes que poner con puntos y comas, exactamente qué es lo que quieras, incluso, en fotocopiadoras, hasta cuántas copias por minuto quieras que te saque, así de precisas tienen que ser las especificaciones técnicas, y en términos de referencia para servicios, ésa es la diferencia, especificaciones técnicas, bienes, términos de referen-

cia, servicios. Para servicios, tienes que colocar exactamente las condiciones que quieras, las calificaciones que quieras que tenga el profesional, qué va a hacer, si va a hacer un servicio general, si va a hacer una consultoría general o si va a hacer una consultoría de obra. Entonces, tenemos que determinar de una forma clara.

Una vez que yo tengo eso bien determinado en el requerimiento y pasa por el estudio de mercado, puedo establecer el valor de lo que me va a costar mi bien o mi servicio. Ese valor se llamaba valor referencial, y en el 2016 se amplía y dice «Vas a tener un valor referencial —como bien dijo Abel— y un valor estimado», valor referencial, ejecuciones de obra y consultorías de obras.

Consultorías de obras para hacer supervisiones de obras y elaboración de expedientes técnicos, ¿no es cierto, ingeniera?, y valor estimado para el tema de bienes y servicios y, como les dije, estadísticamente el OSCE sacó un reporte de que el valor estimado trajo ahorro al Estado, porque el valor referencial es publicado en las bases, dices, «Yo voy a querer que tal servicio cueste 200,000 soles», entonces tú como proveedor, tengan por seguro, los proveedores no me van a dejar mentir, si el valor referencial les dice que el servicio va a costar 200,000 soles, ¿su oferta por cuánto va a ir?, ¿por cuánto creen?, ¿va a decir «No, la verdad, señores del Estado, mi oferta es 150,000 soles, no es de 200,000 soles, yo cobro 150,000 soles?», ¿va a decir eso el proveedor?, o ¿el proveedor va a decir «Si el Estado me está poniendo 200,000, pongo pues 200,000?», eso va a decir, ¿sí o no? Proveedores, cuando se presentan a entidades ¿se hace eso o no se hace eso en la realidad?

Entonces, el OSCE realizó ese estudio y lo presentó al Congreso cuando se iba a hacer la modificación del Decreto Legislativo n.º 1341, que entró en vigencia el 3 de abril del año 2017. Se hizo la publicación y en la modificación de la Ley n.º 1341, el Congreso retira el valor estimado, ¿saben bajo qué argumento?, el Congreso dijo «Señores, el valor estimado perjudica a los micro y pequeños empresarios, porque ellos no tienen personal capacitado para poder determinar bien cuáles son sus utilidades, cuánto les va costar y hacer la determinación de su estructura de costos», ¿acá hay pequeños empresarios?, ¿hay MYPES dentro de los proveedores? Bueno, en el tema de proveedores, los que más conocen con punto y coma cuánto va a hacer sus utilidades, son las MYPES, son los que más conocen con punto y coma. Esa modificación que tuvo el Congreso fue con otros

intereses, afectaba a grandes empresas y retiran algo que trajo un buen beneficio para el Estado, el valor estimado, y se quedó todo como valor referencial.

Una de las buenas modificaciones que ha habido con este Decreto Legislativo n.º 1440 es que ha regresado ese valor estimado, también para bienes y servicios, y ¿por qué no para obras y consultorías de obras?, por la magnitud que tiene una obra y una consultoría, sabemos que las obras son de millones para arriba, en cambio, un servicio, muy pocos servicios son de millones para arriba.

Entonces, como bien se ha señalado, el procedimiento de contratación tiene tres fases, incluso, en la doctrina se dice que hay hasta cuatro fases. Como bien lo señala el doctor Rebaza, tenemos una fase de programación y planificación por parte de la entidad, y esa fase está incluida dentro de las actuaciones preparatorias; pero, si nosotros revisamos la norma, tenemos un artículo donde dice «Planificación de los requerimientos de las entidades», entonces, pueden ser tres, pueden ser cuatro doctrinariamente, da lo mismo, no hay problema.

Las actuaciones preparatorias son todo lo que ha explicado el doctor Rebaza, muy bien.

El procedimiento de selección parte desde lo siguiente, parte desde la convocatoria. Una vez que yo ya hice mi expediente de contratación, aprobé mi expediente de contratación, designé a mis miembros del comité, y esos miembros del comité elaboraron las bases del procedimiento de selección, esas bases fueron aprobadas por el titular o por el funcionario que está delegado y que tiene delegación de facultades, cuando ya tengo todos esos elementos, voy a hacer lo que es el tema de la convocatoria.

Y, en la convocatoria, como bien se señala, vamos a tener el registro de participantes, las consultas y observaciones. Consultas es cuando yo tengo una duda, una duda sobre algo que está en las bases, y quiero que me lo aclare el comité; sin embargo, observación es cuando yo le digo al comité «Tú estás trasgrediendo algo de la norma y, por lo tanto, lo tienes que modificar». Ésa es la diferencia entre consulta y observaciones.

Tengo las consultas y observaciones, la presentación de ofertas, la evaluación y calificación o calificación y evaluación, según el procedimiento de selección que también fue un cambio que hubo, y el otorgamiento de la buena pro.

Mi parte viene en esta etapa. Yo hago el otorgamiento de la buena pro, ¿verdad?, y en este otorgamiento de la buena pro, tengo recursos impugnatorios, y la norma me señala que el único recurso impugnatorio, el único recurso impugnatorio reconocido por la Ley de Contrataciones, es la apelación. ¿Cuándo se interpone una apelación? ¿Cuáles son los requisitos de admisibilidad de una apelación? Vamos a ver lo siguiente, todos sabemos qué es una apelación; pero, una apelación en materia administrativa, vamos a ver que no solamente puede ser bilateral, sino, en tema de contrataciones, puede ser trilateral, incluso, a más, porque vamos a tener al organismo supervisor de las contrataciones o a la entidad, según sea el caso, vamos a tener al impugnante y vamos a tener a un tercero que puede ser la parte agraviada, que puede ser, en muchos casos, el adjudicatario de la buena pro. Entonces, vamos a ver cómo se desarrolla este procedimiento de apelación en las contrataciones del Estado.

Bajo esa premisa, vamos a indicar lo siguiente, ¿qué nos dice la Resolución n.º 1098-2017 del Tribunal de Contrataciones?, ¿cuál es la naturaleza de la apelación? La apelación es muy sencilla, pero tenemos que saber cuál es su naturaleza, la naturaleza de la apelación, nos dice, se debe tener como premisa que la finalidad de la normativa de contratación pública no es otra que el que las entidades adquieran bienes, servicios y obras, con las mejores condiciones posibles, dentro de un escenario adecuado que garantice tanto la concurrencia entre potenciales proveedores, como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos. Bajo esta premisa, las exigencias de orden formal y sustancial en su interpretación, deben obedecer a la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto libre de competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y se garantice el pleno ejercicio del derecho de las personas naturales y jurídicas para participar en el procedimiento de selección.

La apelación como recurso impugnativo y la oportunidad para oponerla. Vamos a poner que el artículo 41 de la ley, la actual, la vigente, todavía sin modificaciones del Decreto Legislativo n.º 1444, la que todavía tenemos vigente, nos señala que el recurso de apelación en el procedimiento de selección indicado, surge en las discrepancias entre la entidad y los participantes o postores, no cualquiera lo puede hacer, tienes que tener legitimidad para obrar para que tú puedes interponer un recurso de apelación. Y, ¿quiénes lo pueden hacer?, participantes y postores, nadie más,

y las que surgen en los procedimientos para implementar o mantener, ese «mantener» se ha cambiado en el 1440, y dice «ampliar», «ampliar catálogos electrónicos de acuerdos marco», solamente pueden dar lugar a la interposición de un recurso de apelación, ya no puede ser otro.

A veces vienen clientes y dicen: «Doctor, no quiero apelar», y ¿saben por qué no quieren apelar», por el tema que se tiene que pagar una garantía de tu apelación, que es el 3% del valor referencial. Entonces, si hablamos de un proceso de 100,000; 200,000 o, incluso, de más de un millón, saquen cuánto es el 3%, es decir, los proveedores, los clientes, tienen ese temor, por eso uno les tiene que dar la seguridad del caso en el momento de la apelación y te dicen, «Doctor, no quiero apelar, quiero solicitar un escrito»; pero, otro escrito no está contemplado, dentro de las normativas se les dice que el único recurso que puedes interponer es la apelación, para que te suspenda el procedimiento, porque tú puedes solicitar a la entidad la nulidad si es que ves algún vicio, la nulidad de oficio, pero esa nulidad que tú le solicitas al titular de la entidad, no va a tener efectos suspensivos, la entidad puede continuar con la suscripción del contrato y con la ejecución, y te va a responder que el único recurso impugnatorio es la apelación.

En cuanto a la oportunidad, la norma señala que solamente puede hacerse luego de otorgada la buena pro ¿Qué pasa?, otorgan la buena pro, y yo tengo recién hasta ahí cinco días en adjudicaciones simplificadas para interponer mi recurso de apelación y ocho días en licitaciones y concursos públicos para poder interponerla, los días son hábiles para poder hacer la interposición del recurso de apelación. ¿Qué actos puedo impugnar?, todos los actos del procedimiento de selección hasta antes del perfeccionamiento del contrato, absolutamente todos, *a contrario sensu*, ¿qué actos no puedo impugnar?, las actuaciones materiales relativas a la programación en los procedimientos de selección; las actuaciones preparatorias de la entidad, yo no puedo apelar y decir «tu estudio de mercado está mal», no puedo hacer eso; los documentos de procedimientos de selección y/o su integración; las actuaciones referidas al registro de participantes y las contrataciones directas.

Entonces, tenemos que la apelación va a tener una pretensión procesal, una pretensión objetiva, ¿qué es el objeto?, es lo que yo busco, mi pretensión, el efecto jurídico determinado que se persigue, y la razón de la pretensión que es el fundamento que se le da, que son los fundamentos

de hecho, los fundamentos de derecho, las pruebas instrumentales, todo lo que yo, como impugnante, voy a realizar.

Las competencias son del tribunal y de la entidad, ¿cuándo va a ser del tribunal?, señores, va a ser para procedimientos mayores a 50 UIT, que son aproximadamente 200,000 Soles, procedimientos para implementar o mantener, ahí ya se ha cambiado, ampliar catálogos electrónicos de acuerdos marco, declaraciones de nulidad de oficio, declaraciones de nulidad de oficio y cancelación del procedimiento de selección, independientemente del valor, el tribunal, ¿ok?

La entidad lo va a hacer por montos menores o iguales hasta las 50 UIT, para ello tiene que tener una previa opinión de las áreas técnicas y legales de la entidad, y no deben participar las personas que intervinieron en el procedimiento de selección.

Entonces, vamos a tener que el recurso de apelación va a tener un efecto suspensivo en todo el procedimiento de selección, con la finalidad de garantizar que el impugnante pueda tener razón y no se les vean vulnerados sus derechos, y eso va a tener una respuesta del Tribunal de Contrataciones o de la entidad. En el tribunal, me va a demorar un promedio de 45 días hasta 2 meses, según la carga procesal que tenga el tribunal; y, a nivel de entidad, van a ser más rápidas.

En lo que sí debió haber una modificación, desde mi punto de vista y una crítica, es que las apelaciones sí deberían modificarse en la ley, a nivel de entidad, ¿por qué?, porque si yo soy la entidad que convoca el procedimiento de selección y después apelas, yo voy a ser una especie de juez y parte. Entonces, los proveedores van a tener un poco de temor cuando vayan a apelar a la entidad. ¿Por qué? Porque sabemos que la entidad, lo más probable es que, así sepan que su procedimiento de selección está mal y hay errores y han tratado de favorecer al otro postor, lo único que van a buscar con eso es que le declaren infundado o improcedente su recurso de apelación.

Ahí, el hecho de que haya un tribunal único en el tema, con un solo [...], para el tema de procedimientos inferiores a 50 UIT; y, una sala de tribunal, para procedimientos superiores a 50 UIT.

Bueno, señores, espero poder haberles absuelto algunas de sus consultas, y desearles que sigan manteniendo este interés por el tema de la gestión pública.

Muchas gracias.

Presentador: Agradecemos la participación de los doctores Juan Carlos Rebaza Merino y Grover Delgado Flores. Con esto, finaliza la primera mesa «Gestión pública en la Ley de Contrataciones con el Estado».

A continuación, pasaremos con la segunda mesa, sin antes invitar a los doctores a que nos acompañen en la primera fila.

MESA 2: «EJECUCIÓN CONTRACTUAL»

Gustavo Bayona Mcpherson¹

Johan Camargo Acosta²

Carlos Torres Zavala³

Presentador: A continuación, daremos inicio a la segunda mesa, con el tema «Ejecución contractual». Para ello, invitamos a nuestros expositores, los doctores Gustavo Bayona McPherson, Johan Camargo Acosta y Carlos Torres Zavala. Adelante, por favor.

Jorge Abel Ruiz Bautista: Continuando con el programa, vamos a iniciar la segunda mesa, que abordará la ejecución contractual en el marco de la Ley n.º 30225. El objetivo de la mesa, es tocar las últimas y recientes modificaciones del Decreto Legislativo n.º 1444, en lo que respecta a ejecución contractual, aplicación de penalidades y también en materia de resolución del contrato.

Bien, tengo el honor de presentar al doctor Gustavo Bayona, quien es especialista en contratación pública y arbitraje, docente y capacitador en

¹ Abogado, consultor y árbitro, con especialización en las materias de contrataciones del Estado, derecho de la construcción, gestión de contratos, manejo de conflictos, solución alternativa de disputas y arbitraje. En el ejercicio profesional, se desempeña abarcando la consultoría y defensa de diversas entidades privadas y públicas, en las materias señaladas; así como la actividad arbitral, ejerciendo como árbitro en controversias derivadas de contratos del Estado.

² Abogado graduado con «Felicitación pública» por la Universidad Nacional de San Agustín, egresado de la maestría en derecho de empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas-UPC y de la maestría en derecho procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Egresado del doctorado en derecho y ciencia política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, árbitro en asuntos civiles, laborales y contrataciones del Estado.

³ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con máster en derecho de la contratación pública por la Universidad de Castilla-La Mancha, con estudios en derecho administrativo, contrataciones del Estado y arbitraje por la ESAN, así como derecho de la construcción por la Universidad del Pacífico. Árbitro y secretario arbitral en el Registro Nacional de Árbitros del OSCE. Vicepresidente de la Asociación de Especialistas en Contrataciones del Estado-Acpju.

la materia, árbitro reconocido en Tacna y en diferentes centros arbitrales, a quien les pido le demos un fuerte aplauso.

Gustavo Bayona McPherson: Bueno, primero quisiera agradecer al Círculo de Arbitraje con el Estado, cuya representación ejerce Jorge Ruiz, quien ha tenido la gentileza de extender esta invitación para que pueda estar hoy con ustedes. Asimismo, a la Universidad San Pablo por la organización. Espero que no sea el último y podamos estar mucho más tiempo con ustedes en otras oportunidades. Les confieso que pensé que iba tener un poco más de tiempo para poder explicar el tema, pero estamos en ruta crítica y voy a tener aproximadamente unos 15 minutos, y lo voy a simplificar.

Bueno, para empezar, yo siempre toda capacitación o toda charla que dicto, siempre la empiezo sensibilizando al auditorio, y para sensibilizar hago la siguiente pregunta, ¿qué es una compra pública?, tratemos de interactuar para hacer un poco más interesante el asunto, ¿de qué se trata una compra pública?, ¿qué entiende usted por una compra pública?, ¿cuál es su nombre, perdón?, Janeth, ¿qué entiende usted por compra pública?, una adquisición pública que puede ser de bienes, servicios y obras. Sí, ése podría ser un concepto; sin embargo, quiero traerles esta perspectiva, para que vean cuál es primero el impacto económico que tiene una compra pública en nuestro país.

Según cifras del INEI y del OSCE, el Estado peruano en el año 2017, ha hecho compras por más de 36,000 millones de soles. Correcto, para que se den una idea de esto, el PBI del Perú, en el 2017, fue de 687,000 millones de soles, esto convierte al Estado peruano en el mayor agente económico, con una participación porcentual aproximadamente del 6% del producto bruto interno.

Pero, vamos a responder la pregunta que nos hemos hecho, ¿realmente de esto se trata una compra pública?, ¿una compra pública es una simple adquisición?, ¿es cifras económicas? Y ahí viene la siguiente pregunta, ¿habremos perdido la perspectiva de por qué contratamos?

En la primera mesa, Jorge tocó un punto muy importante, y es a dónde apuntamos ahora. Fíjense ustedes, actualmente, y estás son cifras de la Sunass, actualmente en nuestro país, existen ocho millones de peruanos que no tienen acceso al agua potable; lo curioso de esto es que nuestro país es el octavo país con más reservas hídricas del mundo. ¿Se imaginan

ustedes la importancia de un funcionario en el Ministerio de Vivienda, en una EPS, en un gobierno regional, para cerrar esta brecha y poder llevar esta agua a nuestros compatriotas que no la tienen?

Vámonos al campo de la educación, esta imagen no es una imagen inventada, esta imagen existe y hay muchísimo, de hecho, en la exposición tenía algunos videos, los he tenido que cortar, pero estas situaciones sí se presentan. Según un informe del Instituto de Integración, en nuestro país, para cerrar el déficit de infraestructura educativa, se necesita 60,000 millones de soles, y ese informe también refiere que, como vamos, tardaríamos veinte años en lograrlo. ¿Se imaginan ustedes la importancia de un funcionario público a cargo del Ministerio de Educación, a cargo de un gobierno regional, de una municipalidad para poder cerrar esta brecha?

Vamos cerrando la idea. Según la Organización Mundial de la Salud, no menos del 10% del área urbana en una ciudad tiene que ser destinada para espacios de recreación pública, no es muy difícil ir a zonas periféricas de muchas ciudades y poder encontrarse con estas imágenes, sobre todo cuando hay épocas de lluvias, donde existen niños que no pueden hacer su deporte tranquilamente.

Entonces, ¿a dónde queremos llegar? ¿A dónde queremos sensibilizarlos? Realmente, las compras públicas no son simples adquisiciones, no son simples cifras económicas, las compras públicas tienen una finalidad, y esa finalidad es satisfacer, lo dijo Jorge, el interés público de por medio, satisfacer necesidades, fomentar el desarrollo, brindar oportunidades, crear bienestar, ese es el objetivo de una compra pública. Y aquel funcionario que no lo entienda de esa forma, no sirve para la administración pública, así de sencillo.

Grover tocó algunos puntos importantes al inicio y realmente lo felicito por la exposición, realmente ha dado en el clavo. Nosotros y ustedes, reitero sus palabras, somos el futuro del país, ustedes son el futuro del país y, desde la trinchera en donde estén, sea como proveedores, sea como abogados, como consultores o como funcionarios públicos, tienen que mentalizarse en esto, si no, no sirven para el sector.

Bueno, ¿cuál es la importancia, ya entrando al tema, la importancia de una buena gestión contractual en las contrataciones del Estado? Hay dos puntos importantes, primero porque asegura el cumplimiento de las finalidades públicas, del interés público; y, segundo, porque evita, vas a evitar

con la gestión de contratos o por lo menos minimizar, el impacto de que se generen controversias que son altamente sensibles y ¿por qué son altamente sensibles?, justamente por la utilización de recursos públicos destinados para el cumplimiento de finalidades públicas.

En el año 2014, la Contraloría hizo, y seguro va a ser profundizado más adelante, hizo un estudio de arbitraje en contrataciones del Estado, para justamente identificar cuáles son las causas que originaban las controversias, y poder efectuar acciones de mitigación o mejorar los mecanismos de defensa del Estado. Ese informe señalaba que las causas que originaron controversias, se debían a las siguientes situaciones. Primero, errores del área usuaria al formular sus requerimientos, sobre todo los expedientes técnicos para obras, que estaban mal elaborados. De hecho, Rubén Gómez Sánchez, quien ha incorporado la gestión de riesgos en las Contrataciones del Estado, cuando Amalia Moreno estaba en el MEF modificando este tema, fue el que introdujo la gestión de riesgos y, de hecho, él señala que los últimos veinte años, yo diría que mucho más atrás, bueno, pero él es especialista en riesgos de los últimos veinte años, los problemas de las obras en el país se han debido a la mala elaboración de expedientes técnicos.

Y eso, en realidad, yo les pregunto, ¿ustedes saben cuánto invierte el Estado peruano en ingeniería? A nivel internacional, el costo que se paga por ingeniería, es decir, si una obra te cuesta un monto «X», el costo que se paga por los estudios o por la ingeniería es del 10% del monto de la obra o del valor de la obra, entre el 8% y 10%, y si hay un ingeniero acá presente no me va a dejar mentir ¿Ustedes saben cuánto pagamos en el Perú por la ingeniería o por los expedientes?, anímense a lanzar una cifra, no llegamos ni al 2%. Entonces la pregunta es, ¿qué clase de ingeniería está comprando el Estado peruano? Por ahí escuché, y es cierto lo que dicen porque me ha pasado también, Jorge decía que se «chanca y pega» las bases que les corresponden a otras provincias, que le corresponden a otra obra a otra realidad y, luego, esos errores saltan en la ejecución contractual, y hoy, evidentemente, se convierte en una controversia.

Pregunta del público: Quisiera interrumpir ahí, porque, precisamente, tú tocabas el tema de la gestión contractual, que vele por el interés público. Y, por ejemplo, desde el Ministerio de Educación, lo que se está haciendo, se ha detectado esta deficiencia de los gobiernos subnacionales, que vienen, lamentablemente, técnicos poco capacitados para todas

las especialidades que incluyen un expediente, estructura, sanitaria, arquitectura, suelos, etcétera, etcétera; entonces, lo que estamos haciendo en el Ministerio de Educación, es dar una asistencia técnica, prácticamente guiarlos de la mano, lamentablemente, porque se detecta esta deficiencia que, finalmente, repercute en paralizaciones, adicionales de obra, arbitrajes y que, en el caso particular del Ministerio de Educación, finalmente, la brecha de infraestructura es, incluso, un poquito más alta de la cifra que dijiste.

Gustavo Bayona: Esos datos los he sacado de un informe que se hizo, no sé actualmente en cuanto está, hemos aumentado 40,000 ahora, lo voy a actualizar y después, cuando termine la exposición, por favor, me das la fuente para poder actualizarlo.

Muchas gracias.

Sí, y es cierto, justo un poco de eso vamos a tocar más adelante. Pero, la segunda gran causa de este tema, es justamente la exposición a la cual nos estamos abocando, que es la deficiente gestión por parte del Estado en el seguimiento de sus contratos en ejecución contractual; y, como tercero y para coronar, es la deficiente o nula coordinación que existe entre las entidades internamente, no conversan, el usuario no conversa con absolutamente nadie, el logístico tampoco, el asesor menos, y eso es un gran problema.

Miren, como consecuencia de esto, este informe de Contraloría concluyó que en el 70 % de los casos, el Estado peruano había perdido los arbitrajes; hay unas mesas que van hablar sobre si el Estado pierde o no arbitrajes, y yo les voy a explicar desde el análisis que yo he efectuado, tanto de la Contraloría como el del estudio que hizo el CARC-PUCP, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Católica, cuál es la conclusión; pero, ¿qué quiere decir esto de que de cada diez arbitrajes, siete se perdieron?

En el estudio que hace el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Católica, se hace un estudio y defensores de este estudio como Ricardo Gandolfo, por ejemplo, señalan que el Estado no pierde siempre los arbitrajes, pero, y ¿cómo lo explica?, lo que pasa es que este estudio ¿qué señala?, tiene matices de pérdida, por ejemplo, te dice entre el 80% y 100%, el Estado peruano perdió el «veinte y tantos» por ciento de las controversias; entre el 60% y 80% de lo que se pidió, perdieron tanto, y

así va bajando. Pero, a las finales, son matices de pérdida, una pérdida es pérdida. Y eso, sin contar un porcentaje también de las pretensiones que son enunciativas, declarativas.

Entonces, y yo recuerdo a un contratista, cuando estábamos armando un reclamo, y yo le decía: «Oye, bueno, éstas son las pretensiones, hay esto», y el contratista: «Pero, doctor, ponga esto». «Oye, pero si esto acá es lo mismo, lo podemos conseguir por este lado». «No doctor, usted ponga, loco es el que pide poco». Entonces, ése es el criterio que manejan los contratistas, loco. Entonces, si consideramos eso, también sabemos que un contratista jamás te va a reclamar lo que espera recibir, sino también te va a disfrazar algunas pretensiones bajo la figura de otras.

Lo curioso de este análisis de la Pontificia Universidad Católica, es que éste sí concluye que el 74.8% de las controversias, realmente no fueron situaciones que debieron llegar a un arbitraje, y te dice que se debe a incumplimientos contractuales del propio Estado, por demora en aprobaciones de pronunciamientos o ausencia de pronunciamientos y, lo que es más grave, por incumplimientos de pago. Esto, desde mi perspectiva, es un delito, llevar a una controversia un incumplimiento de pago, porque si yo acredito que cumplí con mi obligación y tú, como entidad, tienes la obligación de pagarme y darme la conformidad en un plazo y, luego que proceda el pago, en otro, que es de diez a quince días para que se proceda el pago, tienes que pagarme y no me puedes decir que no tienes recursos. ¿Qué es lo qué pasa con las entidades?, que las entidades cogen de acá, se inyectan por allá y, cuando viene a cobrar el que tenía que cobrar, le dicen «Un ratito, no hay presupuesto, tienes que esperar a que venga el presupuesto del próximo año» Y eso ;cómo se llama?, tiene un nombre eso, malversación de fondos, y no sólo eso, sino que el Código Penal también establece, si no me equivoco, en el 390 del Código Penal, se dice que aquel funcionario que teniendo los fondos expeditos, retarda injustificadamente un pago, será penado con pena privativa de libertad. Revísdenlo.

Hay tres responsabilidades, cuando un funcionario retarda o no el pago. Administrativa, porque estoy obligado al cumplimiento irrestricto de lo que dice la Ley de Contrataciones del Estado; segundo, la responsabilidad civil, porque a partir del día siguiente en que tú dejaste de pagar al contratista, se genera el derecho de daños, perdón, de intereses a favor del contratista; y, finalmente, la responsabilidad penal por el 390 del Código

Penal, que les estoy señalando. Y con esto, ¿qué generamos?, evidentemente es un caldo de cultivo, y es un caldo de cultivo para noticias como ésta, «Se tendrá que pagar 12 millones», «Perdió más de 26 millones», «Cerro Colorado pierde 4 millones», «Variante en Arequipa generó pérdida de más de 3 millones», y así podemos pasarnos todo el día dándole vueltas a las noticias —tenía más y habían unas para explicarles—, «Errores en el expediente técnico motivaron adicional», y así.

Con esto, ¿qué vamos a llevar a las procuradurías?, algo como esto, un muerto, y por más que le quieren aplicar una receta médica o curar, o simplemente resucitar ese muerto, ni con electroshock lo van a hacer, porque si has tenido unas malas bases, has hecho una deficiente gestión de contrato, lo que va a llegar a tu procuraduría es eso. Cuando pasa eso, lo que yo recomiendo a los procuradores es que hagan un hueco de dos × tres más o menos y lo entierren, porque no van a poder hacer nada.

Y ahora, ¿hacia dónde apuntamos?, y ahí es donde viene la gestión contractual como una luz, como una esperanza para que se puedan mejorar los temas. Antes de entrar, quiero explicarles que coloquialmente, un contrato con el Estado es algo muy parecido a un matrimonio, donde primero un contratista se enamora de la posibilidad de entrar en un negocio, de obtener una utilidad y, al igual que en las relaciones personales, tú te enamoras de una persona finalmente, y luego de que te han aceptado y en contratación pública luego de que te has presentado al proceso y te han evaluado y te han otorgado la buena pro, ¿qué va a pasar?, en las relaciones personales te vas a casar, y en contratación del Estado vas a suscribir tu contrato. Pero, quienes están casados acá y no me van a dejar mentir, de repente no muchos porque hay muchas caras jóvenes, se van a dar cuenta de que ya en la cancha o ya dentro del matrimonio, la cosa y empieza a cambiar, ya no es tan bonito como pareciera inicialmente, y eso se debe en contratación pública a los errores, al famoso «chanca y pega», al famoso no definir bien el alcance contractual.

El alcance contractual, el riesgo del error de un alcance contractual otorgado por una entidad, siempre lo va a asumir el Estado, porque es quien entrega el alcance. Cuando hablo de alcance, me refiero a los expedientes técnicos en el caso de obra, a las especificaciones técnicas en el caso de bienes y, a los términos de referencia, en el caso de servicios. Bueno, hay situaciones donde esos expedientes, ese alcance está malísimo, y hay

situaciones en que en el matrimonio te va mal y vemos que hasta la cosa puede empeorar, y cuando la cosa empeora, finalmente, puede llegar al divorcio; y, en el caso de la contratación pública, a que se quiebre la relación contractual, y cuando se quiebra la relación contractual, ¿quién termina en contratación pública, resolviendo el tema?, un árbitro.

Bien, yo quisiera romper, primero, con un paradigma que se tiene en muchas entidades públicas, y ese paradigma es que muchas veces ya se otorgó la buena pro, bueno pues, que el contrato se ejecute solo, y no, un contrato no está culminado mientras no alcance su finalidad pública, y no sólo que alcance su finalidad pública, sino que impacta de forma positiva en el ciudadano de a pie, en la población, entonces, no sólo con la buena pro y la suscripción del contrato se acaba el ciclo de la contratación, es allí donde tenemos que poner más énfasis. La peor forma de gestionar un contrato es dejar que éste se ejecute solo, eso ténganlo bien claro.

Y qué es la gestión de un contrato. La gestión de un contrato busca administrar las obligaciones que han contraído las partes; y, de alguna forma, con esto, conseguir un desarrollo exitoso de la ejecución contractual, es una especie que busca la colaboración mutua para que puedan desarrollarse con éxito. Y, ¿cómo se gestiona un contrato? Simplemente, realizando acciones eficientes y eficaces en la administración de un contrato, y para que eso funcione, hay que conocer con detalle cuál es el alcance contractual.

¿Qué dice la Ley de Contrataciones del Estado? El literal c) del numeral 8.1 del artículo 8, dice lo siguiente «Se encuentra encargado de los procesos de contratación de la entidad, el órgano encargado de las contrataciones, que es el órgano de la unidad orgánica que realiza actividades relativas a la gestión de abastecimiento de la entidad, incluida la gestión administrativa del contrato», esto lo dice la ley. Y, ¿qué dice el Reglamento?, el Reglamento dice en el 4.2 del artículo 4, «El órgano encargado de las contrataciones tiene como función la gestión administrativa del contrato». Pero, fíjense ustedes, para la contratación pública, para el legislador ¿qué cosa es gestión administrativa del contrato?, y dice que involucra el trámite de perfeccionamiento, la aplicación de penalidades, el procedimiento de pago en lo que corresponda, entre otras actividades de índole administrativo. Le da un carácter punitivo, de aplicación de penalidades, le da un carácter administrativo de pago, nada que ver con el concepto.

Fíjense ustedes, la gestión de contratos es una disciplina que se utiliza como una herramienta y que pertenece a la gestión moderna de proyectos, y normalmente esto se utiliza en los contratos de construcción, en los contratos de infraestructura, en los proyectos de infraestructura. Entonces, fíjense ustedes el concepto equivocado que le da un legislador a lo que es una gestión de contrato en la Ley de Contratación del Estado. Por eso, hoy en día las entidades que tienen mecanismos eficientes de administración contractual, son una excepción, no existen. Alguna vez fui a alguna entidad y les dije «Oigan, ¿ustedes tienen un equipo de administración de contrato?», «Sí» me dijeron, «Y ¿qué cosa hace?», «Bueno, designamos, un administrador de contrato», y el administrador de contrato, que la mayoría de veces pertenece al área usuaria o es el de logística, está esperando, pues, que cumpla con sus obligaciones el contratista, y si no cumple, lo penalizan.

Fíjense ustedes el concepto equivocado, eso es cualquier cosa menos gestión de contratos. Una gestión de contrato —ya para terminar porque me faltan tres minutos nada más, mi ruta crítica se ha hecho más crítica— es «Oye, contratista, de acá a cuatro meses yo tengo que tener ese equipo, tú tienes holgura de cuatro meses, pero la importación, yo sé que la importación de ese equipo demora dos meses, ya han pasado unos días desde que hemos suscrito el contrato, ¿ya colocaste tu orden de compra a tu proveedor en el extranjero o donde fuere?», «Oye, todavía no la coloqué», «Bueno, colócala, mañana hablamos». Al día siguiente, «Oye contratista, ¿colocaste tu orden de compra?», «Sí, ya la coloqué», «Ah perfecto», yo ya me aseguré de que esté bien va a llegar en dos meses; pero, si no hago nada, ¿a quién le interesa que se cumpla?, no sólo al contratista, a la entidad, porque la entidad satisface necesidades públicas, y si esos equipos son necesarios o están vinculados a algún contrato de construcción, peor todavía, porque quizás esos equipos sean necesarios y/o estén amarrados a otras partidas del proyecto, y eso va a ser más grave aún, porque eso sí va a alargar el otro contrato y va a generar controversias, eso es gestión de contratos.

Gestión de contrato es, «Oye usuario, he ido a ver tus equipos están en almacén o ya los están fabricando, a ver, ¿qué te parece?, he notado esto, de repente hay deficiencias, no sé, me parece que esto no es, a ver, vamos contigo», eso es gestión de contrato. Gestión de contratos es, «Oye, ingresaron esta solicitud de ampliación de plazos y si está fundamentada o falta fundamentar, de repente hay que conversar con el contratista para

que la sustente bien, porque si no, no le damos la ampliación de plazo, al final no llega y todo un problema y se convierte en una controversia». Eso es gestión de contratos.

Pautas, rapidísimo, conocer el contrato, el alcance, todos los términos contractuales, plazos, obligaciones, etcétera. Segundo, identificar los puntos críticos, los errores, las deficiencias, los riesgos que pueden existir en este contrato, ¿para qué?, para plantear estrategias de mitigación y mejora. Otra, coordinar con las áreas intervinientes, justo lo que les comentaba, que no estén divorciadas, la labor del Estado es que el cumplimiento del contrato sea tarea de todos los funcionarios. Controlar y manejar bien los documentos, si ustedes van a una entidad, los documentos, cuando llega una controversia a procuraduría, los procuradores no saben de qué se trata el tema y, cuando van a pedir la información, difícilmente les llega a tiempo, muchas veces tienen que contestar demandas sin saber de qué se trata o con lo que humanamente pueden hacer, no le llegan los documentos, ¿por qué?, porque no hay una persona que esté encargada de gestionar ese contrato a través de una administración eficiente, no tienen los documentos en un solo legajo, están desperdigados por toda la entidad, y quienes trabajan en una entidad pública, no me van a dejar mentir.

Gestionar las comunicaciones, lo que les hablaba, por ejemplo, de las ampliaciones de plazo, y registrar eventos, esos eventos eventualmente pueden ser utilizados como medios probatorios en lo sucesivo. Y, finalmente, flexibilidad, porque si el contratista necesita una ampliación de plazo, hay que otorgarle porque, finalmente, si es que hay una situación que se puede solucionar en campo, se soluciona, no hay que ver al contratista como si fuera un enemigo, el contratista es un colaborador para el cumplimiento de finalidades públicas.

¿Qué nos permite la gestión del contrato? Ahí hay una lista, planificación, identificar riesgos, coordinación, cumplimiento de estipulaciones contractuales, manejo de documentos, registros documentados, correcto procedimiento y control de las estipulaciones contractuales, mejor toma de decisiones, mayor probabilidad de logro de objetivos y coadyuva a la gestión por resultados, mejores prácticas en la administración de contratos, y estas mejores prácticas se estuvieron trabajando en OSCE, Amalia Moreno las estuvo trabajando; pero, bueno, ya ella ahora está encargada de los Juegos Panamericanos, las estuvo trabajando, no en OSCE mismo, sino que

estuvo trabajándolas a nivel de MEF, y ahora están los Panamericanos. De hecho, los Panamericanos se han contratado a través de los famosos contratos NEC, los invito a que puedan investigar acerca de estos contratos y cómo contribuyen para que puedan salir airosamente o exitosamente los proyectos. Pero, bueno, mejores prácticas; realizar reuniones con el contratista en cada etapa; involucrar al contratista en la gestión del contrato; implementar un ambiente de «Ganar y ganar»; asignar responsabilidades; elaborar guías de administración de contratos; generar comunicación con el contratista, el tema de la comunicación es uno de los principios esenciales de la gestión de contratos moderna; evaluar el desempeño del contratista; identificar rutas críticas; la evaluación de los riesgos e identificar razones que han generado situaciones que puedan ser mejoradas en el futuro.

Recomendaciones —ya estoy finalizando—. Hay que promover la gestión contractual, esto puede ayudar muchísimo a evitar controversias, y hoy en día en donde existen políticas *partnering*, por ejemplo, es una exposición que tuve hace 2 años en un evento, se puede conseguir eso, son compromisos para trabajar de forma colaborativa y no de forma confrontacional; implementar un equipo de administración de contratos y esto sí, las contrataciones complejas o de cuantías considerables, necesariamente, obligatoriamente, deben contar con un equipo de administración de contrato; y, finalmente, no hay que perder de vista la finalidad de las contrataciones, la finalidad pública de las contrataciones del Estado.

Si al final, nosotros gestionamos un contrato, y puede darse que al final existan controversias, sí, se puede aun así gestionando bien un contrato, administrando bien un contrato, la diferencia va a ser que se van a dar cuenta de que las posibilidades de éxito de ganar esa controversia han mejorado notablemente, y quizás no se pierda por goleada, sino estemos al mismo nivel o, de repente, hasta mejor todavía.

Ese señor, ¿se acuerdan de quién es este señor? Ya, ese señor es Benjamin Franklin, este señor dice: «Una onza de prevención vale más que una libra de cura»; y, con esto, espero no haberlos aburrido, y hasta una próxima invitación.

Muchas gracias.

Johan Camargo Acosta: Buenos días. En principio, quiero manifestar mi regocijo de poder estar aquí, en esta universidad, por varias razones. Primero, porque soy arequipeño y me encanta venir a Arequipa y, más aún,

si es que es con motivo de compartir un poco algo de lo que veo día a día en mi ejercicio profesional, que ahora lo desarrolló en Lima.

En segundo lugar, porque creo que la Universidad Católica San Pablo es una de las universidades más prometedoras de la ciudad, porque sé de la disciplina y el empuje que le ponen y, a quienes son alumnos de esta universidad, pues, mis sinceras felicitaciones, en general, a toda la gente de Arequipa, que es gente muy talentosa, creo que en esta mesa hay parte de la muestra de eso y, además, es gente muy crítica, muy analítica, siempre se ha caracterizado por ser, pues, tierra de profesionales de primer nivel. Y, naturalmente, va a el agradecimiento a la Universidad San Pablo, por permitirme estar en esta mesa y compartir mis experiencias. Al doctor Jorge Ruiz, con quien hemos empezado a desarrollar una amistad desde hace algún tiempo y, además, me llama mucho la atención y me alegra su entusiasmo académico y estas ganas de querer promover actividades, sobre todo vinculadas al arbitraje y a la contratación pública.

Además, es digno de felicitar el hecho, les comento, yo en este tema arbitral, que lo descubrí casi por casualidad, vengo desempeñándome más o menos desde el año 2008 en términos académicos, ya en el 2011 a nivel de ejercicio, y recuerdo que en el 2008, cuando yo todavía vivía en Arequipa, organicé un curso de formación de árbitros con el Colegio de Abogados de Arequipa, y tuvimos solamente veinte inscritos, hoy en día estoy viendo que hay más de cincuenta personas asistentes, para una ciudad como Arequipa donde el arbitraje, según he podido conversar con más de un profesional de aquí, no se desarrolla mucho y los profesionales no lo ven como una especialidad atractiva aparentemente, yo no sé si porque no hay mucha formación sobre el tema en el pregrado, y lo digo a nivel de confesión, cuando yo hice el pregrado en San Agustín, tuvimos un curso en un ciclo que era negociación, conciliación, arbitraje y otras mermeladas más, o sea, en cuatro meses que dura el semestre, tuvimos que hablar de arbitraje como quien dice «de pasada» y, la verdad, es que nunca supe en qué consistía.

Entonces, cada vez que alguien te habla de arbitraje, terminas pensando en un partido de fútbol, y no es así, es una especialidad muy linda, es una especialidad, además, con mucho futuro creo yo, salvo que le corten las alas al arbitraje en contratación pública, que lo veo poco probable, pero nunca faltan, pues, las ideas descabelladas de querer mandar las controver-

sias que surgen de la ejecución de contratos del Estado al Poder Judicial, que ya sabemos que está bastante disminuido en lo que es su prestigio.

Con todo ese preámbulo, que forma parte de mi catarsis personal por la emoción que siento, me han pedido que hable un poco sobre la aplicación de penalidades y otras penalidades en la ejecución de los contratos del Estado. A ver, aquí hay varias cosas. Primero, la aplicación de penalidades es una cuestión que está dentro del programa de la ejecución contractual, es decir, post suscripción del contrato, por lo tanto, cualquier cuestión previa relativa al proceso de selección, es un tema que no voy a tocar. Lo segundo, porque mi ejercicio profesional está dedicado al arbitraje en contratación pública, entonces, lo que esencialmente me dedico a ver, es precisamente cómo funciona la aplicación de penalidades durante la ejecución de los contratos del Estado.

Acá hay un tema, y esto viene a reflexión porque en un momento me tocó ver un caso, en el que normalmente las entidades cometen un error cuando aplican la Ley de Contrataciones del Estado. La aplicación de penalidades está básicamente regulada en dos artículos del Reglamento de la Ley de Contratación, aprobado por Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, los artículos 132 y 133. ¿Qué es lo que pasa? Esto, de pronto les va a resultar leonino, a mí me parece desproporcionado, más allá de que la norma invoca una suerte de proporcionalidad y de igualdad en el trato, cuando yo firmo un contrato con el Estado, se supone que estoy en una relación de paridad, en una relación horizontal, porque tengo a dos partes que están firmando un acuerdo de voluntades, para satisfacer ambos intereses particulares, el Estado tiene un interés, ¿cuál es el interés del Estado?, el interés del Estado es ejecutar una obra o, a partir de un servicio, lograr la satisfacción del interés o de las necesidades ciudadanas, yo decido, por ejemplo, hacer una carretera, ¿para qué?, ¿para que exista la carretera?, no, lo hago para que mis pobladores, mis ciudadanos puedan transitar por esa vía y mejorar su red de comunicaciones, de eso se trata. Yo contratista, ¿por qué busco al Estado para contratar?, bueno, primero porque se trata de contratos más o menos interesantes, de volúmenes monetarios altos; pero, en segundo lugar, porque en mi condición de contratista, de empresa que hace negocio, quiero lograr un beneficio económico, a partir obviamente de mi trabajo limpio, honrado, sin ningún tipo de trato bajo la mesa, no lo intenten, por favor.

Entonces, ¿qué es lo que pasa?, nosotros nos vamos a la Ley de Contrataciones del Estado, y encontramos que ese artículo 132, nos dice lo siguiente «[...] que en el contrato se establecen las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento —y ésta es una palabrita importante— injustificado de sus obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria». Acá hay un tema, esta norma se ha diseñado básicamente para decir «Oye, cuando tú firmes un contrato, en el contrato señala qué penalidades le vas a aplicar al contratista si es que él incumple», la pregunta es, ¿y qué pasa cuando la entidad incumple?, ¿por qué no la puedo penalizar?, no está regulado eso.

Si bien es cierto, seguramente escucharé la crítica por ahí, «No pues, es que el contratista tiene otros beneficios, por ejemplo», la obligación principal del Estado ¿cuál es?, pagarle al contratista en esencia, casi podría decirse que es su única obligación y, si le paga demorado, el contratista tiene derecho ¿a qué?, a recibir intereses, que nunca te los pagan, pero por lo menos en el papel está. Pero, hay una desproporción, porque si se supone que somos partes iguales dentro de un contrato, y tú me vas aplicar una penalidad, digamos, más o menos sustanciosa, tú también deberías pagarme una cuestión similar si es que tú incumples, pero no pasa así. Entonces, ya ahí vamos encontrando una suerte de desproporción en lo que respecta a la aplicación de penalidades.

Lo que sí es importante, y es aquí donde hay una mejora en la redacción normativa de la actual norma vigente para aplicación de penalidades, es que esta palabra «injustificado», del atraso injustificado, el hecho de hablar de algo injustificado, representa un avance, porque ha encontrado sentido con la nueva redacción de la norma. Hasta antes de esta norma, teníamos la norma del 2008, modificada en el 2012, la norma también establecía que, ante el atraso injustificado del contratista, se aplicaban penalidades. Pero, ¿qué era lo que pasaba?, se decía «El atraso es injustificado, en la medida en que te pasaste de los plazos y no tienes una ampliación de plazo que respalde ese atraso», o sea, dicho en otros términos, para que tu atraso se considere justificado, tenías que tener una ampliación de plazo aprobada, ¿y qué pasa si a la entidad no le dio la gana de aprobártela?, te tenían que penalizar, pero tú decías «Oye, pero yo no me he atrasado porque yo quise, fue justificado»,

«Sí, pero te denegaron la ampliación de plazo», «Pero, es un tema que habrá que discutir».

Como yo te la denegaron, primero pierdes el derecho a tener la ampliación de plazo que te genera el derecho a percibir gastos generales, pero además de eso, te hacías pasible de la aplicación de una penalidad, o un caso de pronto un poco más discutible y extremo, contratistas que lo que decían es «Me voy a atrasar, pero no voy a pedir ampliación de plazo porque, finalmente, hay una causa que justifica mi atraso, y no voy a pedir la ampliación de plazo porque no me interesa percibir gastos generales, lo que me interesa es avanzar y no estar esperando los pronunciamientos de la entidad contratante y poder, finalmente, terminar mi obra; pero eso sí, que no me penalicen porque esto fue justificado».

Entonces, la lógica era, como no solicitaste la ampliación de plazo, entonces, tu atraso es injustificado, y éste es un criterio que la mayoría, bueno, en realidad todas las entidades han venido aplicando, cada vez que un contratista se atrasaba, así sea por causa justificada, si es que no había pedido ampliación de plazo, lo penalizaban.

¿Qué fue lo que pasó? Esto llegó, naturalmente, a tribunales arbitrales, algunos de ellos que he integrado yo, y no quiero que lo tomen como una suerte de anticipo de opinión, si es que algún día me convocan para un arbitraje, cada caso se analiza de manera particular ¿ya?, por favor, ¿qué es lo que sucede?, llegaban a los tribunales y había tribunales que precisamente resolvían en ese sentido y decían: «Sí pues, mientras no haya ampliación que respalde ese mayor periodo, tu plazo ya venció, y como ya venció, entonces, estás atrasado y es injustificado porque no hay ningún documento de la entidad que diga que, en efecto, te está reconociendo que hay un atraso», porque, precisamente, el atraso se vuelve justificado, en la medida que te conceden la ampliación, porque la ampliación se concede precisamente porque consideran que ese atraso no es porque tú quieras atrasarte, sino porque hay alguna causa ajena a tu voluntad que te está promoviendo el atraso.

Esto era así; pero hubo otros tribunales, creo, con más criterio, con un poco más de sentido común, que dijeron «No pues, distingamos dos cosas, ¿cuál es el objetivo de una ampliación de plazo?, la ampliación de plazo tiene como objetivo ampliar, ¿no es cierto?, [...]»; o sea, si mi contrato está hasta el 22 de septiembre, pero no lo termino porque hubo una lluvia que

no me dejó terminar de hacer las mezclas del concreto, porque si yo, por ejemplo, ponía mi techo, iba a caer la lluvia y se iba a caer todo, no tiene sentido construir en esas condiciones, esperaré a que pasen las lluvias, las lluvias duran cinco días y en Arequipa tal vez un poco más, ¿no es cierto? Entonces, termino el 30 de septiembre, ¿cuántos días han pasado?, 8, pero no terminé por las lluvias.

Si es que yo pido una ampliación de plazo, tendrían que concedermel a la ampliación de plazo por esos ocho días, ¿cierto?, y la norma ¿qué cosa dice?, que eso te da derecho a percibir tus gastos generales, entonces, yo tengo derecho a cobrar por ocho días gastos generales, ojo, gastos generales nada más; pero, si es que yo pido la ampliación de plazo y me la aprueban, ¿qué es lo que estoy generando?, que mi fecha de vencimiento del plazo ya no sea el 22, sino que sea el 30, hay una modificación de plazo contractual. Entonces, si es que hay modificación de plazo contractual, ya no estoy en atraso, pues, estoy dentro del plazo, sentido común, lógica elemental. Entonces, si es que estoy dentro del plazo, ya no puedo hablar de atraso y, entonces, ¿cuál sería el sentido de que la norma, que en ese momento era el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, te diga que cuando había un atraso injustificado, eras pasible de ser penalizado?

Entonces, ya dejaba de tener sentido la redacción de la norma, y la única manera de encontrarle coherencia a la norma ¿cuál era?, aprendamos a distinguir entre lo que significa estar dentro del plazo y estar fuera del plazo, la penalidad por atraso solamente se aplica cuando estás fuera del plazo, ¿cierto?, entonces, para estar fuera del plazo, mi plazo tenía que haber vencido el 22 y no tener una ampliación de plazo y, entonces, ahí es donde venía toda la elucubración de determinar y analizar si es que fue por causa justificada o por causa injustificada.

Por lo menos, en lo que a mí ha correspondido, se hizo el análisis respecto de si había o no justificación para el atraso, y en los casos en los que había justificación, la penalidad no debía aplicarse.

Y digo por qué hay una suerte de evolución normativa. ¿Qué es lo que sucede? La norma lo que ha hecho es establecer que, en el caso de atrasos justificados, no se va a aplicar la penalidad. Segundo, existen penalidades que son aplicables para el contrato principal, por decirlo de algún modo, y el concepto de «Otras penalidades», que está regulado también en el

reglamento, que es aquí también donde suele existir un error. ¿Por qué? Porque, por ejemplo, tú firmas un contrato para alquilar este edificio y, entonces, en tus bases tú dices «El edificio tiene que tener 2000 m² aproximados de extensión, dos ascensores, veinte focos, tres puertas, cuarenta sillas», ¿correcto?, y me lo vas a alquilar como auditorio para conferencias institucionales, ¿ok? Bueno, el objeto de mi contrato ¿cuál es?, ¿podemos identificarlo?, ¿tener cuarenta sillas?, ¿tener dos ascensores?, ¿tener veinte focos? o ¿tener un auditorio para dictar conferencias?, ¿cuál es el objeto de mi contrato?, el auditorio, yo quiero un auditorio, quiero que me alquiles un auditorio.

Muy bien, entonces, viene el Estado y me dice «Alquílame el auditorio», pero resulta que fijamos un plazo para alquilar el auditorio, «Me vas a entregar el día 22 de septiembre, justo hoy día, justo para dictar el Seminario de Arbitraje y Contratación Pública, al que van a asistir los más destacados juristas de Arequipa, que ya están presentes, y tiene que estar en las condiciones que hemos quedado». Muy bien, llega el 22 y la Universidad San Pablo a mí, entidad del Estado, me entrega el auditorio, y yo le recibo el auditorio.

Pregunta, ¿se cumplió lo objeto del contrato o no?, ojo, y resulta que el auditorio no tiene cuarenta sillas, tiene treinta; resulta que uno de los ascensores funciona, el otro no; resulta que de las tres puertas, dos tienen perilla con llave que funciona y para la otra, la perilla está malograda, pero igual se abre; los focos, diecinueve no más prenden; ¿se cumplió el objeto del contrato o no?, pregunta, ¿puedo usar el auditorio o no?, sí, solamente que va a entrar menos gente ¿no?

El objeto del contrato sí se está cumpliendo, porque el objeto es el arrendamiento del bien y lo otro son características específicas que debe tener el bien, entonces eso ya no forma parte del objeto principal del contrato, sino que constituye, si lo quieren llamar de esta manera, una suerte de prestación accesoria al objeto principal del contrato, es decir, «Oye, tú no me pusiste la cantidad de sillas exacta que necesitaba», entonces, cuando esto ocurre y creo que es un error en el que han incurrido —yo creo que he hecho diapositivas por gusto, igual estoy contando mi experiencia— algunas entidades, que por el hecho de tener un foco que no prendía, mandaban una suerte de requerimiento, «Te requiero para que me cambies el foco», pero resulta que es un foco que lo traen, pues, de la India y, enton-

ces, eso me va a tomar treinta o cuarenta días para traerlo, pero me dan dos días de plazo para que subsane y, entonces, como me demoro, y el Estado es «mosca», el Estado necesita el auditorio, no me puede decir: «No te lo recibo», porque si no, ¿dónde dicta su conferencia?, entonces, el Estado me recibe el bien, porque la otra alternativa sería no recibirlo, pero lo recibe, pero como no le cambio el foco, y el foco se lo cambio en cuarenta días, me aplica una penalidad por atraso de cuarenta días.

La pregunta es ¿penalidad por qué me tendría que aplicar?, ¿por incumplimiento del objeto del contrato o por el incumplimiento de una suerte de prestación accesoria?, ¿por qué aplicarían ustedes la penalidad?, ¿no sabemos?, imaginen, estamos para equivocarnos, yo también me puedo equivocar, prestación accesoria, una prestación complementaria al objeto principal del contrato, porque igual el auditorio va a funcionar. Ahora, claro, dirán «Si no tenemos el permiso de Indeci [...], eso es otra cosa, ¿no?

Entonces, ¿qué es lo que ha venido pasando?, que algunas entidades lo que hacen es aplicarte una penalidad por incumplimiento del objeto principal del contrato, basada en el incumplimiento de una característica determinada, pero que no limita la funcionalidad ni la recepción del bien, ¿de acuerdo? Entonces, es ahí donde tenemos también que hilar fino, ¿por qué?, ¿por qué es importante toda esta locura que les estoy diciendo?, por una razón bien sencilla, porque tiene un efecto económico sustancial. Cuando tú aplicas una penalidad por incumplimiento del objeto principal del contrato, la penalidad se calcula hasta un tope del 10% del monto del contrato vigente, aplicando naturalmente la fórmula que te establece la norma, y por cada día de atraso vas calculando la penalidad, entonces, resulta que si yo tengo un contrato de un millón, asumamos que por día de atraso tengo 10,000 soles de penalidad, si me demoro cuarenta días tendrían que penalizarme 400,000 soles, pero como la norma dice que el tope es el 10%, solamente me penalizarían 100,000, estamos hablando de 100,000 Soles.

Pero, cuando se trata de penalidades por prestaciones complementarias al objeto principal del contrato, los valores de las penalidades son inferiores, porque ahí no es que te cobre en función a fórmulas, sino que, además, yo tengo la obligación, como entidad, de establecer en el contrato, cuál va a ser la penalidad por cada incumplimiento, porque si no he pactado que si tú no me entregas el bien con los veinte focos, y me falta uno, te

voy a penalizar, no puede penalizarte, tiene que estar regulado de manera expresa o debo establecer, por lo menos, una fórmula de cómo calcularlo, y los montos que normalmente se fijan para este tipo de penalidades, son sumamente inferiores.

Estamos hablando de que si, por ejemplo, por incumplimiento del objeto principal del contrato, me pueden aplicar hasta 100,000 soles, en el caso de una prestación complementaria, no va a llegar a ese monto o, por lo menos, va a demorar mucho más tiempo en llegar, porque es cierto que la norma establece que, incluso en ese caso, también el tope máximo de penalidad aplicable es del 10% del contrato vigente. Pero, lo que tendríamos ahí que distinguir bien es frente a qué tipo de prestación nos encontramos, porque solamente en ese caso, vamos a poder, si es que fuéramos contratistas, salvarnos de tener una penalidad sumamente onerosa, ¿no?

Bueno, en realidad, quería hablarles mucho más, ya el tiempo se acabó, jóvenes, a mí me encanta hablar, pero no me dejan. Les agradezco infinitamente su tiempo, su participación, su interés por querer nutrirse un poco más de estas cosas tan bonitas que representan tanto el arbitraje como la contratación. Además, estoy viendo, pues, que las disertaciones son brillantes y encima entiendo que en la siguiente mesa le toca al doctor Gaspar, entonces, van a aprender mucho de él también.

Muchas gracias, jóvenes.

Presentador: Agradecemos la participación de Johan Camargo Acosta y, finalmente, quisiéramos invitar al doctor Carlos Torres Zavala, quien tocará el tema «Resolución de contrato y responsabilidad contractual en la Ley de Contrataciones con el Estado». El doctor Carlos Torres Zavala, es abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, cuenta con una maestría en Derecho de la Contratación Pública por la Universidad de Castilla-La Mancha, con amplia experiencia como consultor legal en contrataciones del Estado y arbitraje, y tiene especialización tanto en el sector público como en el sector privado, de manera tanto presencial como virtual. Por favor, doctor, lo invitamos.

Carlos Torres Zavala: Buenos días. Aprovecho mientras están consignando las diapositivas, de agradecer al Círculo, una vez más. Tengo el agrado de visitar Arequipa por primera vez y estoy seguro de que no visitaré Arequipa en vano.

Muy bien, el día de hoy quiero conversar sobre un ejemplo que va a resumir el tema que me ha tocado, y es la siguiente consigna, es que la oferta, la menor oferta, el menor costo en un proceso, en un procedimiento de selección, en alguna situación, no necesariamente es la mejor oferta, eso está en la Ley de Contrataciones del Estado, específicamente en las obras públicas, y es algo que recogen todas las ponencias que hemos estado escuchando muy atentos en todo el día de hoy.

Es muy importante, y lo voy a demostrar, que me ha tocado lamentablemente en mi ejercicio profesional tener dos casos, en los cuales no se ha cumplido este procedimiento que menciona el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y es que en el caso de las obras, a simple vista, el comité de selección de esa entidad, lo que hizo es otorgar la buena pro al mejor postor, que ofertó un menor costo, que es el postor A, y el resultado fue el siguiente. En resumidas cuentas, el postor es quién ganó la buena pro, pero con cien puntos y el postor que quedó en segundo lugar, con 99.99.

En este caso, insisto una vez más, hay un criterio que está estandarizado en varios funcionarios que he conocido, y es que el menor costo representa para ellos la mejor oferta y, en el caso de obras públicas, no es así. En el caso de obras públicas, sí existe un procedimiento para determinar cuál es la mejor oferta y que no necesariamente es la menor oferta. Ojo que estoy hablando sobre obras públicas, porque en bienes y servicios sí se menciona que los cien puntos o el puntaje en determinado factor, sí tiene que ser otorgado el máximo al menor, y lo siguiente de manera proporcional con una oferta que existe en las bases estandarizadas. En el caso de obras públicas, esto no es así, y avizoro que continuará, porque estas modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado, con el n.º 1444, no modifican en su alcance la evaluación de las ofertas en obras públicas, más aún si se va a mantener el valor referencial en obras públicas, por eso avizo que este procedimiento que estoy explicando, no va a cambiar.

¿Qué es lo que dice el numeral 6 del artículo 54 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado? En resumen, menciona que existen dos escenarios ¿Cuándo es el primer escenario?, cuando en la licitación, el único factor de evaluación para evaluar la oferta, es el precio. El siguiente escenario es cuando, además del factor precio, existe otro tipo de factores —paréntesis, a propósito, desde el 27 de agosto de este año, existen nuevas

bases estandarizadas de obligatorio cumplimiento, en donde se menciona que no sólo el precio se puede evaluar, sino también se pueden evaluar aquellas empresas que tienen un sello anti soborno, a propósito de la integridad en las contrataciones del Estado, se puede evaluar también con un puntaje a aquellas empresas que tienen un sello de no violencia contra la mujer, y ese certificado lo tendría que otorgar el Ministerio de la Mujer. Lo mismo pasa con la responsabilidad social, lo mismo con la responsabilidad ambiental—, pero, volviendo al caso, en el primer escenario, sólo se evalúa el factor precio y, en el caso que estoy exponiendo, sólo se está evaluando el factor precio.

Muy bien, lo que menciona es que cuando se evalúa el factor precio, se tiene que otorgar el puntaje de cien puntos no a la menor oferta, se tiene que otorgar el puntaje a la oferta más próxima al promedio; pero, ¿a la oferta más próxima al promedio de qué?, de las ofertas admitidas en la licitación, incluyendo al valor referencial. Nótese que es el promedio de las ofertas admitidas, más el valor referencial, y aquí hay un detalle, no dice qué tipo de promedio es, matemáticamente se ve, y uno debe recordar que matemáticamente puede haber promedio aritmético, promedio geométrico, entre otros, pero, en este caso, no lo menciona, por eso es que debemos determinar qué tipo de promedio es, y esto es tan importante porque, de lo contrario, pueden haber distintos tipos de evaluaciones en distintas entidades a nivel nacional.

Entonces, aquí vemos esta incertidumbre, porque la norma no lo dice, y aquí nos debemos remitir a una guía práctica que fue aprobada por OSCE, en el año, si mal no lo recuerdo, 2017, la Guía Práctica n.º 2. Cuando uno analiza esa guía práctica, para determinar que el promedio a evaluar en este tipo de evaluaciones de obras públicas, es el promedio aritmético, que no es más que sumar los valores y dividirlos con el número de dividendos, entonces, en este caso, lo que mencionamos es este resumen, se suman la oferta del postor «A», la oferta del postor «B» y se suma el valor referencial, son tres valores, se divide en tres, y este resultado es el promedio aritmético, y este promedio es lo que se debe realizar, el análisis en función a las demás ofertas para determinar, otra vez, no la menor oferta, sino la oferta más cercana, más próxima al promedio aritmético.

Continuando en el caso, tenemos lo siguiente. El promedio aritmético lo ven en la parte de arriba, y ven que la distancia respecto a una oferta ver-

sus el promedio para el postor a es 396.3 y, para el postor «B», es 198.07. Vemos que el postor «A» es la oferta más lejana del promedio y vemos que el postor «B» es la oferta más próxima al promedio, por ello, aplicando la norma, en este caso planteado, no debió ganar la buena pro el postor «A», sino debió ganar el postor «B». «B» es el ganador porque tiene esta oferta más próxima al promedio.

Me tocaron dos casos, como les menciono, en mi experiencia, que hemos tenido que recurrir al recurso de apelación y a otras vías legales, para determinar a qué se debe aplicar correctamente este artículo; sin embargo, siguiendo el caso, debemos ver qué puntaje se le otorgaría al segundo postor, y este puntaje se le otorga en virtud a un promedio, este promedio está en la norma y, además, está en las bases estandarizadas, y con las nuevas bases estandarizadas que les estoy comentando, vigentes desde el 27 de agosto, se mantiene la fórmula, y la fórmula, como ustedes lo pueden ver, es dividir el monto de la oferta más próxima, es decir, la oferta «B», dividida entre la oferta del postor «A», sumando la resta entre el saldo que existe entre «A» y «B», los valores los tienen a continuación.

Si ustedes pueden ver en la parte de abajo de la división, existen dos barras, esas dos barras matemáticamente son el valor absoluto, lo que quiere decir que, no importa el signo, puede ser positivo, puede ser negativo, pero el saldo que existe de las dos ofertas, así sea negativo o positivo, es sólo un número, y ese número es sumado en la parte de abajo de la división, es por ello que aquí, luego de hacer los cálculos, el puntaje que se determina para «A» es 99.99, aproximadamente. Y así es como en este caso, es el postor «B» es el que debió ganar, no el postor «A», es una operación, es una metodología que se tiene que aplicar y que demuestra que, en este caso en particular, al menos, el postor «B» ofertó más que el postor «A», es decir, hay una inversión mayor de parte de «B» que de «A» frente al Estado. Diciéndolo de otra manera, el postor «A» genera mayor ahorro de recursos públicos del Estado, y la oferta «B» no genera mayor ahorro de recursos públicos del Estado; sin embargo, ese mayor ahorro, ese menor costo, según esta metodología que es legal, no es la mejor oferta, porque aquí se evalúan otro tipo de aristas matemáticas y de calidad, que demuestran que esta empresa es la que debió ganar la buena pro.

Pero, esto puede suponer otros supuestos, dos supuestos en particular. Uno en el cual, las ofertas económicas no sean iguales, pero aun así tengo

el mismo puntaje, es decir, el postor «A» y el postor «B», ambos tienen cien puntos, pero las ofertas económicas son distintas; o, el siguiente supuesto, el postor A y el postor «B» ofertan lo mismo y, por ofertar lo mismo, tienen el mismo puntaje. En estas situaciones la norma también tiene una solución. Volviendo al primer supuesto, tenemos buenas ofertas económicas que no son iguales, el postor «A» oferta ocho millones y tanto, y el postor «B» oferta siete millones y tanto y, al momento de realizar los cálculos, se ve que la distancia entre el promedio aritmético es la misma, y ustedes pueden ver aquí que la distancia entre cada uno de ellos es 388,529.71, ésa es la distancia que existe entre ambos postores, entre las ofertas y el promedio. Al existir la misma distancia, no hay ninguna que sea más lejana o más cercana, es por ello que se debe otorgar cien puntos a ambos.

Pero, alguien debe ganar en esta licitación, y ¿cómo lo realizamos?, como menciona la parte de abajo, se elige la oferta más cercana por debajo del promedio. Entonces, hacemos un análisis muy simple, determinamos cuál es el promedio y vemos cuál es la más cercana, pero por debajo de ese promedio, ¿es el postor A o el postor B?, en este caso, también es el postor B, y el postor B por eso es que también debe ganar la buena pro en este supuesto.

El tercer supuesto, es el mismo, al menos el puntaje, pero las ofertas son las mismas, exactamente la oferta económica es la misma. En el ejemplo, el postor «A» y el postor «B» ofertan S/ 7'770,000.00. Al hacer el cálculo, los 100 puntos van a ser iguales para ambos, por eso tenemos el mismo cuadro, postor «A» 100 puntos, postor «B» 100 puntos, esto lo que genera es que alguien debe ganar y ¿cómo va a ganar?, pues por sorteo. En ese caso sí la norma menciona que es por sorteo, y tiene que ser por un notario y, de no existir un notario, un juez, un juez de paz. Se tiene que citar a los postores y, mediante un sorteo, mediante el azar, se determina quién es el postor que va a ganar.

Estos supuestos, que son metodológicos, son unos cálculos que se tienen que hacer para evaluar las ofertas, lo que demuestran, y el mensaje que les quiero comentar a continuación, es que el menor costo no necesariamente, al menos en el caso de obras públicas, es la mejor oferta presentada en una licitación, y esto es la finalidad y la guía de las contrataciones del Estado, es la finalidad de la gestión por resultado y esto también tiene que ver con toda la debida programación que debe existir en todas las entidades

públicas, porque al ser la contratación pública un proceso, un proceso es un conjunto de actos concatenados. Si es que uno continúa el proceso y uno de los actos, no importa si es el primero o no importa si es el décimo paso, si ese paso no está correcto conforme a la ley, por más que continúes el proceso y hagas la mejor licitación o redactes de la mejor manera un contrato, por más que lo continúes, no va a cumplir la finalidad y vas a vulnerar las normas.

Por eso es muy importante que esta contratación pública tenga una finalidad de gestión por resultados y, a la vez, una programación, y que todos estos detalles se tengan que tener en cuenta en todos los actos en los que tengan que intervenir todos los postores, por ejemplo, en el registro de participantes, en la buena pro o, por ejemplo, en la firma del contrato.

Este ejemplo lo que demuestra una vez más, y lo que insisto y con lo que ya culmino porque sé que hay un *break* después de esto, es que el menor costo no necesariamente es la mejor oferta. La mejor oferta se debe determinar con parámetros objetivos, parámetros medibles, uno de ellos es el precio, y el precio, si es bienes y servicios, se otorga el máximo puntaje al menor costo; pero, en obras públicas, esto no es así, se debe aplicar esta metodología que les he expuesto el día de hoy y, así, determinar a quién se le debe otorgar la buena pro.

Me despido de ustedes, espero hayan entendido esta metodología.

Muchas gracias por su atención.

MESA 3: OBRA PÚBLICA, ¿EL ESTADO PIERDE ARBITRAJES?

Daniel Treviño Daza¹

José Zegarra Pinto²

David Aníbal Ortiz Gaspar³

Presentador: Reanudamos el evento con la Mesa 3, titulada «Obra pública, ¿el Estado pierde arbitrajes?». Nos acompañan en la mesa los doctores Daniel Triveño Daza, José Zegarra Pinto y David Aníbal Ortiz Gaspar.

Iniciaremos la mesa con la presentación de Daniel Triveño Daza, sobre el tema «Gestión pública y principios de las contrataciones a la luz de la Ley n.º 30225».

Daniel Triveño Daza: La normativa de contrataciones que salió, digamos, hace unos días en el Diario Oficial *El Peruano*, concretamente el Decreto Legislativo n.º 1444, que es la segunda modificatoria de la Ley n.º 30225, que está en vigencia desde enero del 2016, en términos sencillos, se trata de la segunda modificatoria de la ley vigente en estos dos años y medio últimos que han transcurrido.

¹ Abogado con más de diez años de experiencia profesional en materia de contrataciones públicas, habiendo brindado asesoría a representativas entidades públicas y empresas del Estado peruano, en la adquisición de bienes y servicios, consultoría de obra y ejecución de obras públicas, tanto en la ejecución de gastos corrientes como en la ejecución de inversiones.

² *Master Business Administration* por la Universidad San Ignacio de Loyola, abogado graduado con mención «sobresaliente» por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor en la maestría de derecho internacional económico de la misma casa de estudios, profesor en la Universidad ESAN (Programa Especializado de Formación de Árbitros en Contrataciones del Estado) y secretario académico de la Facultad de Derecho de la PUCP (2004-2008).

³ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con estudios de maestría en derecho constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y estudios de especialización en arbitraje, gestión de las contrataciones públicas, derecho administrativo y derechos fundamentales en la Universidad Complutense de Madrid (España), Universidad de Alcalá (España), Universidad de Buenos Aires (Argentina), Universidad del Pacífico y en la Universidad ESAN. Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Yo solamente voy a comentar, como les decía, seis o siete puntos muy concretos respecto a la modificatoria de la normativa de Contrataciones, referida principalmente a la parte de obras que, corresponde a la mesa.

Por ejemplo, digamos, una de las modificaciones que ha habido, tiene que ver con la posibilidad de viabilizar, a través de contrataciones directas, las contrataciones de expedientes técnicos de saldo de obra.

Ustedes saben que muchas veces en el caso de las entidades públicas, por una serie de factores, los contratos de obra pueden ser resueltos, sea del contratista a la entidad o de la entidad al contratista, y siempre queda, cuando existe ese tipo de situaciones, un saldo de obra pendiente.

¿Qué es lo que la norma está permitiendo de manera explícita, a partir de esta modificatoria supeditada a la aprobación del reglamento? Está permitiendo que cuando se trate de expedientes técnicos de saldos de obra, sea por motivos de resolución del contrato o sea por motivos de nulidad de contrato, que se realice la contratación con el proveedor que va a hacer el expediente técnico de saldo de obra de manera directa, sin proceso.

Entonces, vale decir, se va a rehabilitar un hospital; la obra queda resuelta por cualquiera de ambas partes al 80%, queda un 20% de saldo, sí, imaginemos que sea la culminación de las áreas de cirugía y equipamiento. Antes de la modificatoria, ¿qué es lo que había que hacer?, había que hacer un expediente técnico de saldo de obra y, eventualmente, bueno, digamos, hacer un proceso de selección. ¿Qué es lo que hace la norma a partir de ahora? Lo que hace es permitir la contratación directa del proveedor, que haga el expediente técnico de saldo de obra. Ése es el cambio, de tal manera que, se está agilizando y optimizando el uso del factor tiempo y evitando postergar la culminación de la obra, porque ya de hecho, la resolución del contrato de obra, implica una postergación del logro de la finalidad.

Luego, otra atingencia que se hace en el caso de los contratos de obra, concretamente en los casos de los servicios de supervisión, es que la norma sigue manteniendo la posibilidad de hacer el control de los adicionales de supervisión en dos frecuencias, lo que corresponde a los adicionales de supervisión vinculados a adicionales de obra y a los adicionales de supervisión no vinculados a los adicionales de obra.

En el sentido siguiente, va el comentario: no es del todo constructivo mantener esta frecuencia doble, porque hay que recordar que el contrato

de supervisión es un contrato accesorio; ya van a tener oportunidad de verlo en algún momento.

Los adicionales de supervisión de la ejecución de la obra son lineales, del 0% al 15% y del 15% al 50%; pero, el contrato accesorio va en doble frecuencia, va con un cómputo en un porcentaje, 15%, y va con otro cómputo fuera de ese, 15%. En verdad, es una doble frecuencia para un contrato accesorio que ni siquiera se le aplica al contrato principal, resulta un poquito inconveniente.

En la práctica, ¿en qué ha derivado eso? Ha derivado en que existan contratos de obra que se quedan sin supervisión. Es importante que las entidades hagan un adecuado control de las incidencias de estos contratos de supervisión, para evitar que las obras se queden sin una adecuada supervisión en el plan de ejecución.

Otro cambio que ha habido en el Decreto Legislativo n.º 1344, es el tema del régimen de los adelantos. Ustedes sabrán, sobre todo para los que trabajan en entidades públicas, que el régimen de los adelantos siempre se ha prestado a malas prácticas. En verdad, se han utilizado muchas veces los adelantos para adelantos de cualquier cosa que no era la obra. Veo por ahí alguien que está sonriendo, saben perfectamente a lo que me refiero.

El adelanto era adelanto para cualquier cosa que no era de la obra, ¿cuál es el cambio que ha establecido la norma en este punto, ahora? Ha establecido explícitamente que el adelanto se tiene que utilizar para la finalidad de la ejecución de la obra y, exclusivamente, para el financiamiento de la ejecución de la misma. Algo que era obvio, no resultaba en términos legales, porque esa causalidad respecto de la utilidad de los adelantos y de su uso, no estaba en la normativa de manera explícita. Ahora sí se está indicando, los adelantos tienen como finalidad la ejecución de la obra y tienen el propósito del financiamiento de la ejecución de la misma.

Entonces, es importante tomarlo en cuenta porque, digamos, los adelantos en esta medida tienen que ser utilizados para el motivo para el cual se otorgan. Agrega la norma, adicionalmente, que el régimen de los adelantos tiene que ser regulado en sus condiciones en el contrato, lo que en la normativa anterior no se permitía o no se decía; eso significa que, eventualmente, las entidades pueden colocar condiciones para el régimen del otorgamiento y control de adelantos. Me explico. ¿Puede colocar algún tipo de control y de verificación de que el adelanto otorgado sea utilizado para el

financiamiento de la obra?, pues sí, digamos, vamos a ver cómo viene en el reglamento, pero la norma enunciativamente lo estaría permitiendo.

Se está colocando también, la posibilidad de definir el tema del régimen de los adelantos a través de los fideicomisos. En términos muy sencillos, si la entidad va a otorgar un adelanto, puede solicitar al cliente, vale decir, a la empresa constructora, que forme un fideicomiso, de tal manera que se le otorgue un respaldo bancario al adelanto directo que las entidades van a otorgar y, en esa medida, garantizar que los adelantos directos básicamente otorgados, sean utilizados para el propósito, que es la ejecución de la obra y no para otros fines distintos.

Otro aspecto que la norma ha cambiado tiene que ver con los plazos de responsabilidad de los consultores y supervisores. Hasta hace una semana, el régimen de responsabilidad de los consultores y supervisores, normativamente hablando, era único, era mínimo un año.

Lo que está haciendo la norma ahora, al día de hoy, es lo siguiente, «Mira, si tú eres consultor de obra, concretamente el que formula el expediente técnico, tu plazo de responsabilidad ya no va a ser un año, tu plazo de responsabilidad va a ser tres», se triplica el plazo de responsabilidad del proyectista, tres años mínimo. ¿Eso significa que la entidad puede poner mayor plazo de responsabilidad a los proyectistas?, pues sí.

En el caso de los supervisores, el plazo de responsabilidad se multiplica no por tres, sino por siete, ya no es uno sino siete, pero siempre bajo el parámetro de mínimo, con lo cual, si la entidad desea, puede colocar un plazo mayor de responsabilidad para las empresas supervisoras. Ése es otro cambio importante. Se hace la atingencia de que los mayores plazos de responsabilidad se tienen que indicar en las bases.

Para los que trabajan en entidades, pónganle atención a este articulito, porque potencialmente pueden colocar mayores plazos de responsabilidad a sus proyectistas y a sus supervisores. Si deciden no colocar mayores plazos, serán los plazos mínimos, si eres proyectista, tres; si eres supervisor, siete años.

Otra modificatoria vinculada al tema del contrato de obra —porque para nadie es secreto que generalmente, los mayores casos de corrupción ocurren en los contratos de obra, ¿por qué?, porque hay más plata de por medio, así de sencillo— es la posibilidad de declarar la nulidad de oficio del contrato, por casos de corrupción.

¿Qué implica eso? Si una autoridad judicial condena a una persona jurídica o a alguno de los representantes de la empresa constructora que ha participado en este delito contra la administración pública, la entidad puede declarar la nulidad de oficio por actos de corrupción. ¿Solamente cuando exista sentencia?, no necesariamente. Basta que el representante de la empresa o algún socio de la empresa o apoderado o alguien con representación de la empresa constructora, confiese que ha ofrecido o materializado un acto de corrupción para que también se pueda declarar nulo el contrato, de oficio.

Entonces, éas son algunas de las novedades que tiene la normativa de contratación pública en este punto. Solamente para terminar, dos cositas muy chiquitas. La primera de ellas, si ustedes revisan los artículos de la norma, se van a dar cuenta de que en la Ley de Contrataciones le ponen mucha letra a tres artículos. Le han puesto mucha letra al tema de los impedimentos, le han puesto mucha letra al artículo de solución de controversias y le han puesto mucha letra al régimen de sanción del tribunal. Entonces, si la ley le ha puesto mucha letra a esos tres artículos, sería importante leerlos con un poquito más de atención, porque son artículos que sí han recibido algunas modificaciones importantes.

Bien, eso sería todo por mi parte.

Muchas gracias.

Presentador: El turno del doctor José Zegarra Pinto, quien es máster en Administración de Negocios por la Universidad San Ignacio de Loyola, abogado graduado con mención «Sobresaliente» por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor en la Maestría de Derecho Internacional Económico de la PUCP, profesor en la Universidad ESAN en el Programa de Especialización de Formación de Árbitros en Contrataciones del Estado. Ha sido Secretario Académico de la Facultad de Derecho de la PUCP, ha sido profesor en las Facultades de Derecho y Gestión y Alta Dirección de la PUCP, es árbitro OSCE, PUCP, MINTRA, Cámaras de Comercio del Cusco e Ica, y ha sido árbitro de la Cámara de Comercio de Lima.

José Zegarra Pinto: Muchas gracias. Y lo más importante, soy arequipeño, yo he nacido aquí en Arequipa. Me ha dado mucho gusto. Gracias al Círculo de Arbitraje, mejor dicho, al CAE como tal, y a la Universidad San Pablo por la oportunidad.

Me da un gusto venir acá a Arequipa y poder hablar un poquito, rápidamente, de un tema tan importante, como es el tema de los adicionales de obra, trámite, efectos en el plazo contractual. Al igual que ha hecho el doctor Triveño, también vamos a traer unas diapositivas con respecto a las modificaciones últimas a la normativa.

¿Qué ha ocurrido acá el domingo? No tenemos ni seis días con estas modificaciones. Bueno, rápidamente, nuevamente, esto es una manera de introducción ¿Qué entender por una prestación adicional? Es aquélla no considerada en el expediente técnico ni en el contrato adicional, cuya realización resulta —esto es lo más importante— indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta.

El tema de los adicionales es un tema, por llamarlo así, simpático, en el sentido de que, en muchas oportunidades, por llamarlo así, efectivamente se necesita este tipo de prestaciones para poder cumplir el objeto del contrato. Pero, también hay que ser franco y, como nosotros siempre hablábamos en los paneles, una cosa es la práctica, la normativa como tal, y otra es la realidad. Hay mucha gente que ha abusado, entre comillas, de este tipo de herramienta legal, adicionales que no tenían la naturaleza, esta famosa naturaleza de indispensable o necesario y, efectivamente, los temas de corrupción son precisamente los que saltan cuando en algunas oportunidades se habla de estos temas. Por eso, es importante también conocer qué entender, pues, por una prestación adicional.

Esto es lo que nos dice el reglamento de nuestra actual norma. Prestaciones adicionales de obras menores o iguales al 15%; ustedes van a ver, cuando revisen la legislación, los que recién están empezando se van a enterar ahora, de que este famoso 15% es un, por llamarlo así, un límite que se establece —estoy siendo muy coloquial al hablar para poder abordar una determinada situación—. Estamos hablando de una determinada situación en la cual, existe un contrato, se presenta una eventualidad y, ante esa eventualidad, es necesario el desarrollo de una prestación adicional.

Yo me acuerdo de un ejemplo muy sencillo. Una vez un alumno me lo dijo, una cosa es un contrato para hacer una mesa y que el expediente, bueno nuevamente muy coloquial, el expediente técnico dice tres patas, ¿será necesario hacer un adicional para algo?, efectivamente, para complementar lo mismo pues, la naturaleza misma nos habla de una mesa de 4 patas; pero, ¿qué pasa si aparece un adicional por un contratista para ponerle 5 patas?

Nuevamente algo muy general, ¿por qué estoy hablándolo de esa manera?, porque de alguna forma se debe buscar el tema de la *ratio*, la razón de ser de este contrato que se busca satisfacer.

Aquí hablamos de que sólo procede la ejecución de adicionales de obra cuando previamente se cuente con certificación de crédito presupuestario y resolución del titular de la entidad, es decir, el tema de los adicionales no es tampoco algo que se debe tomar a la ligera. ¿Se te va a hacer un adicional?, sí, pero la entidad de alguna manera tiene que tomar las previsiones por la máxima autoridad, como es lógico, el titular de la entidad, en el caso del famoso 15%, de obras menores o iguales al 15% del monto total del contrato original y, adicionalmente, la certificación del crédito presupuestario.

Entonces, nuevamente estamos hablando de esas situaciones en las cuales puedo, cumpliendo eso, optar o poder tener esta famosa prestación adicional.

En contratos de obras a precios unitarios, por ejemplo, nos dice la norma «*Los presupuestos adicionales de obra se formulan con precio de contrato y los gastos fijos y variables propios de la prestación adicional*», esto es otro tema también, los famosos precios fijos o gastos fijos, como tal ¿Qué implica?, que realmente se va a reconocer, y cuando estamos hablando de los gastos variables, ahí viene mucho el tema del famoso costeo, las unidades o centros de producción, ¿cómo costean? No es lo mismo un gasto fijo para desarrollar una determinada cosa, que un costo variable que se comparte con muchas unidades, ¿cómo se prorrata?

En el tema como tal, de los gastos variables, es un sinfín de cosas que se puede producir. Una misma compañía para una determinada obra va a usar «A», «B» y «C» insumos, materiales, maquinaria; pero, esa compañía tiene otros más, como es lógico, en atención a las proporciones hablaremos de gastos variables y lo que corresponda.

Todos esos criterios hay que tenerlos en consideración cuando estamos hablando de las famosas prestaciones adicionales.

Contratos de suma alzada. Aquí viene un término también interesante, presupuestos adicionales. Se formula con los precios propuestos en el presupuesto referencial ajustados y por el famoso factor de relación.

Es importante tener en consideración este concepto, dice: «Número que se obtiene de dividir el monto de la oferta ganadora, el cual tiene como finalidad principal, ajustar el monto del precio». Entonces, estamos

hablando de criterios, nuevamente, que hay que tener en consideración para hablar de un adicional, no es algo muy sencillo al momento de aplicación, pero de alguna forma nos permite ajustar de manera adecuada estos criterios.

La necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra debe ser anotada en el cuaderno de obra. ¿Qué es lo que pasa? Se me presenta esta eventualidad, siendo yo contratista, una situación que de alguna manera estaba fuera de este expediente técnico, algo de alguna forma imprevisible, como es lógico, ¿cómo empieza el trámite?, es la pregunta, ¿qué hay que hacer?, ¿cuál es la génesis? El cuaderno de obra, tenemos que, de alguna manera, dejar constancia de esa situación, ya el detalle como tal, estará en el propio presupuesto que se tiene que desarrollar, las distintas partidas que se van a afectar. «En un plazo máximo de cinco días —dice— contados a partir del día siguiente de realizar la anotación, el inspector o supervisor, debe comunicar a la entidad la anotación», tiene, pues, todo un ínterin.

El contratista comunica la situación, el supervisor o el inspector inmediatamente comunica a la entidad, y la entidad puede definir si se realiza o no y, si se realizado no, tiene que hacerse un expediente técnico de dicha situación, de dicho adicional que se va a desarrollar. «Concluida la elaboración del expediente técnico, el inspector supervisor lo eleva a la entidad», dice. Entonces, nuevamente, esto está en la norma también, no me gusta estar leyendo mucho esto en estos puntos. Pero, la idea como tal es la presentación de una eventualidad, a través del cuaderno de obras se comunica dicha situación, dicha situación, a su vez, parte de la entidad para tomar la decisión que corresponda, que puede ser que lo acepte o no lo acepte, y a partir de ahí la elaboración del expediente técnico, concluida la evaluación del expediente el inspector lo eleva a la entidad y ahí nuevamente tiene plazo para pronunciarse.

Recibida la comunicación del inspector, la entidad cuenta con doce días para emitir y notificar al contratista la resolución sobre la procedencia de este famoso adicional. Aquí se pueden presentar muchas cosas. Normalmente, como ya conversaron los otros expositores, pueden existir diferencias también. Yo considero un adicional «X», la entidad, por ejemplo, me la puede aprobar; pero, ¿qué pasa si existen controversias? —esto lo vamos a ver más adelante—; normalmente, cuando existen controversias en etapa de ejecución contractual, se recurre a estos medios alternativos que tene-

mos normalmente, conciliación y arbitraje, específicamente, en el caso de adicionales no.

Entonces, de alguna manera cuando uno revisa distinta doctrina nacional, no se sabe por qué se ha omitido. Tras bambalinas, pues, es el caso de muchos actos de corrupción, como estamos hablando, gente que desarrolla mal una actividad, plantea mal un adicional y a partir, quizá utilizando, acá hay casos, no se puede negar, como el arbitraje, por ejemplo, se puede hacer mal uso del mismo y lograr una prestación a través de un adicional.

Entonces, ¿eso es indebido?, efectivamente; pero, nuevamente, éste es el proceso que la norma señala al respecto. Hemos hablado de las obras igual al famoso 15%, pero ¿qué pasa con las obras mayores al 15%? Aquí sale a relucir, por llamarlo así, el rol de la Contraloría. En resumidas cuentas, el valor ha aumentado de esta famosa prestación adicional que es posible que se apruebe, y ahí entra a tallar un ente, en este caso, la Contraloría, ¿para qué?, para revisar.

El proceso, prácticamente, es muy similar; pero, en este caso, tenemos este factor, la Contraloría cuenta con un plazo máximo de quince días para responder al planteamiento que se está realizando para el adicional, transcurrido sin que medie pronunciamiento, se da por autorizada; pero, luego existe la posibilidad del famoso control posterior, que de todas maneras es lo más probable que se va a realizar.

También se puede requerir información complementaria a la entidad como tal, como es lógico, puede ser que esté incompleto, algo falta o mayor información para poder tomar una decisión. La entidad tiene, también, su plazo para poder responder y cuenta con 5 días hábiles la entidad y, en estos casos, el plazo se interrumpe, como es lógico, pues, estamos viendo un plazo para poder tomar la decisión de aprobar ese adicional, pero, si se pide mayor información, como es lógico, va a haber un corte del mismo, una suspensión.

El pago de presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales. ¿Qué es lo que ha pasado? Como tal, ya se aprobó el mismo, nuevamente estamos corriendo con la estructura, pero eso genera como tal un presupuesto. Entonces, nuevamente, ¿cómo se realiza esto? A través de valorizaciones.

Como es lógico, también viene otro concepto que está ahí: las garantías. Si yo tengo una garantía de fiel cumplimiento para un caso de un «X» por «X» valor, y se aprueba un adicional, ¿qué dice la norma?, que se tiene que lógicamente ampliar, ¿por qué?, porque está aumentando el valor del monto contractual, de lo que estamos hablando, en resumidas cuentas.

Resolución de controversias. La norma es explícita diciendo: «La decisión de la entidad o de la Contraloría, de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación ni a arbitraje, ni a la Junta de Resolución de Disputas». Es decir, no vamos a poder ver esos temas. Uno como árbitro a veces se encuentra con situaciones en las cuales un contratista lo que busca, dice «No es adicional», pero cumple con todas las condiciones, tiene todas las características, «No, es un pago que se ha realizado», tratan de distintas formas de que esto sea resuelto a través de un arbitraje, por ejemplo, lo que normalmente debería corresponder al Poder Judicial, pero se dan estas situaciones.

Ahora, hay casos y hay casos también. Hay casos en los que se cumple, era necesario porque el expediente técnico tenía carencias, se cumple con las condiciones del adicional, y la entidad decide no aprobar, o no lo aprueba o no lo aprueba por el total. La gran pregunta es, ¿en esos casos, no sería lo correcto ir a arbitraje?, por ejemplo. Entonces, conversaciones como esas se tienen a través de distintos artículos, pero también tenemos este tema de la norma.

Encontré también un caso en el cual se hablaba de que este artículo no se debía aplicar de manera extensiva, sino restrictiva, y restrictiva a situaciones en las cuales, es decir, que se permitan en arbitraje —nuevamente es una posición teórica— solamente aquellos casos en los cuales se cumplía con todos los requisitos del adicional como tal.

Ahora, les estoy poniendo aquí «Modificación de forma» ¿Qué es lo que ha pasado?, como bien lo dijo también el doctor, ha habido modificaciones este último fin de semana y, en el caso de esta norma en específico, lo único que ha habido es una modificación numérica, de ser el artículo 45.1, ha pasado a ser el 45.4, la norma se mantiene tal cual.

El Decreto Legislativo n.º 1444, es de lo que estamos hablando, las modificaciones del domingo, Decreto Legislativo que modifica la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Con esto ya, rápidamente, de alguna manera les voy a ser bien franco, prácticamente en el caso de adi-

cionales han sido modificaciones de índole de ubicación, mas no casi de fondo. No se ve aquí, pero para serles franco, los numeritos que están ahí es 8.2 por 8.3, la norma es exactamente igual e, inclusive, hay algunas que vamos a ver más adelante, son modificaciones de, si bien se habla de 34A, han sido incorporadas en otras normas, pero en el fondo no es una modificación sustantiva.

En el caso de este decreto legislativo, bueno, del anterior 45.1 ahora es el 45.4, y la norma es exactamente la misma.

Igual, para hacerles más corta, digamos, la idea, en posición numérica la normativa es la misma. Si ustedes revisan la 30225 y con lo que tenemos ahí, prácticamente no ha habido ningún cambio.

Aquí sí hemos encontrado algunas precisiones; pero, bueno. El 34.3 lo que antiguamente era, nos hablaba de causas no previsibles en el expediente, ahora le han aumentado «expediente técnico», y también unas palabras «numeral», es decir, fraseo como tal, algunas precisiones, pero no amerita nuevamente nada sustantivo, la norma se sigue manteniendo en el fondo.

Una disposición complementaria y final, que no tenía antecedente, dice «El supervisor de obra está obligado a remitir a la Contraloría de la República, en la misma oportunidad que la entidad, los informes u opiniones emitidos respecto a los adicionales de obra».

Ya lo dejo ahí, yo justo también creo que estamos con el tema del tiempo, creo que he corrido demasiado también para darle espacio también al doctor.

Para sintetizar, nuevamente éste es un tema sumamente interesante, podríamos estar literalmente todo un día en esto, sobre todo en el tema de obra, esto es bastante amplio. Aquí lo que estamos haciendo es una exposición muy sucinta del ítem, de alguna manera, del trámite que se sigue, y unos pequeños conceptos y haciendo referencia a las modificaciones del Decreto Legislativo n.º 1444.

Disculpen la brevedad, ha sido un gusto y ojalá que nos podamos ver en otra oportunidad para desarrollar esto con mucha más paciencia.

Muchas gracias.

Presentador: Agradecemos la participación del doctor José Zegarra Pinto. A continuación, hará su exposición el doctor David Aníbal Ortiz Gaspar.

El doctor Ortiz es profesor asociado de la Academia de la Magistratura, es Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, es miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, árbitro registrado en el Registro Nacional de Árbitros del OSCE, es abogado por la Universidad de San Martín de Porres y tiene estudios de maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tiene, además, especialización en arbitraje y derecho de la construcción, gestión de las contrataciones públicas y derecho administrativo.

David Aníbal Ortiz Gaspár: Para mí, pues, es un gusto poder compartir la mesa con dos destacados profesionales, profesores y, sobre todo, buenos árbitros, y la verdad es que espero estar también a la altura de ellos.

Como verán, el tema de mi ponencia es «Tendencias de los arbitrajes de la Contratación Pública». Bueno, como señaló el joven que hizo la breve presentación, yo laboro en la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y, como parte de la defensa del Estado en arbitrajes, hemos hecho un pequeño estudio de campo y hemos analizado 135 laudos, desde enero del 2017 hasta la fecha, y vamos a tratar de hacer una breve estadística para trasladarla a ustedes y, sobre todo, cambiar ese *chip* que lamentablemente algunos profesionales tienen, de que el Estado siempre pierde los arbitrajes. Yo voy a mostrar con estadísticas que no es del todo cierto. Yo creo que eso es, no sé, de repente, por una interpretación literal de un informe que sacó la Contraloría General de la República, pero hubo estudios posteriores como, por ejemplo, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde se analiza y hace un estudio más concienzudo y saca, pues, un análisis totalmente contrario a lo que dice la Contraloría General de la República.

Bueno, vamos al tema de nuestra presentación. Como veo acá algunos jóvenes y, según lo que me dice el doctor Abel Ruiz, son estudiantes de esta casa de estudios; entonces, es muy importante dar algunas atingencias o, al menos, sustentar el porqué de las instituciones como, por ejemplo, el arbitraje, porque de repente en un escenario donde la conversación sea entre profesionales, entre árbitros, ya de frente vamos a tallar al arbitraje y las cuestiones que nos encomiendan; pero, como veo acá algunos jóvenes estudiantes, yo creo que es importante hacer algunas precisiones.

Señores, jóvenes estudiantes, el arbitraje cuando ingresa en el Perú, no ingresa por un gusto banal de alguna autoridad, no es que el arbitraje era

más bonito que la jurisdicción ordinaria y por eso se incorporó como una vía idónea para la solución de controversias, sino prácticamente fue necesario e, incluso, podría decir hasta forzada su incorporación al Perú como un método de solución de controversias porque, recordemos, por ejemplo, en los años 90 tenemos un presidente que recién ingresa y toma el poder, y su campaña política dice, pues, «Yo no voy a recoger las recetas del Consenso de Washington», es decir, «No voy a recoger las recetas que planteaba el Fredemo, liderado por Mario Vargas Llosa»; pero, cuando tomó el poder y llegó a la presidencia, hizo todo lo contrario y, entre esas políticas, justamente estaba tomar acciones a fin de generar seguridad jurídica, porque recuerden que en ese contexto había una hiperinflación de más del 2000%, y no solamente una hiperinflación, si no más del 50% de la población del Perú era pobre, y un 19% en extrema pobreza, los inversionistas no querían venir al Perú.

En consecuencia, el Estado tenía que tomar acciones concretas, a fin de generar seguridad jurídica al inversionista, y una de las tantas políticas y acciones que tomó el Ejecutivo para generar esa seguridad jurídica, esa constitución económica que tenemos en nuestra Constitución, por ejemplo, los contratos ley, que ahora podrán ser cuestionados pero, en su momento, fueron herramientas necesarias; pero, bueno, una de esas herramientas necesarias, jóvenes, era el arbitraje, porque recuerden que teníamos un Poder Judicial donde se seleccionaba a las autoridades desde una perspectiva política, es decir, estaban ahí de repente compañeros del partido o del grupo político, y no había una meritocracia, y también los procesos judiciales duraban quince años, veinte años, cinco años.

Entonces, un inversionista al momento de evaluar en los países, dice «Voy a llevar mi inversión al Perú, pero voy a ver cómo es el Poder Judicial», «Ni a balazos voy al Poder Judicial del Perú porque en ese Poder Judicial, voy a tener que litigar muchos años». Entonces, se tuvo que incorporar el arbitraje para dar seguridad jurídica. Y algo más inteligente que hizo el Ejecutivo, fue incorporarlo como un medio obligatorio para la solución de controversias en contrataciones con el Estado.

Hemos escuchado muchas veces las ponencias de los profesores destacados y yo admiro bastante, por ejemplo, al profesor Cantuarias, tienes al profesor Alfredo Bullard, y ellos siempre critican al arbitraje en contratación con el Estado, porque uno de los pilares, uno de los fundamentos del

arbitraje, justamente es la voluntad de las partes de ir a esa vía de solución de controversias; pero, eso no pasa en el arbitraje en la contratación con el Estado porque, como han dicho algunos profesores investigadores, prácticamente, es un arbitraje forzado, y otros dicen que no es forzado porque si no quieres, no firmas el contrato. Pero, yo creo que ésa no es una explicación muy certera, entonces, a mi criterio, señores, yo creo que fue una decisión política, digamos correcta, utilizar esta vía, este medio de solución de controversias, para las contrataciones con el Estado.

Ahora, lamentablemente estamos retrocediendo porque, si revisamos justamente las modificaciones, la Ley de Contrataciones con el Estado, cuestiones fundamentales como un enriquecimiento sin causa, que puede conocer el tribunal arbitral, que tiene la competencia, que tiene la especialización y que puede emitir una decisión más técnica, lamentablemente, las están sacando de la vía arbitral y llevando el Poder Judicial. Yo creo que eso va a generar un problema.

Justo esto, y les traslado, el día de ayer estábamos en la Pontificia Universidad Católica en un evento de arbitraje, y uno de los ponentes extranjeros, señalaba que esto es un problema grave, ¿por qué?, porque cuando un inversionista viene al Perú, viene justamente porque el Estado le ha dicho «Vas a tener seguridad jurídica. Si es que tú tienes un problema, una controversia, vas a ir a arbitraje, porque ese arbitraje no va a durar más de un año o un año y medio, y vas a tener una solución idónea»; pero, ¿qué pasa, de repente, cuando este inversionista viene al Perú y por ahí hay algunas cuestiones como enriquecimiento sin causa, ya no las puede llevar a arbitraje, sino las va a llevar al Poder Judicial, y el Poder Judicial conociendo esto se va demorar de cinco a diez años?

En consecuencia, se estaría vulnerando incluso alguna de las cláusulas, alguno de los convenios que tiene el Estado con los inversionistas y ¿esto qué puede generar?, que todavía no lo hemos observado, pero podría generar, como planteó bien el ponente el día de ayer, una denuncia contra el Estado ante un tribunal internacional, de repente ante al Ciadi, y decir: «Oye, yo tengo una controversia millonaria acá por enriquecimiento sin causa, yo no te puedo reclamar porque me tengo que ir al Poder Judicial y esto me genera costos económicos, etcétera».

Entonces, tenemos que evaluar, parece que el constituyente, parece que legislador no ha pensado esto; pero, son importantes estos medios aca-

démicos donde están estudiantes, árbitros, profesores, para poder debatir y cuestionar esto.

Entonces, como lamentablemente el tiempo es tirano, voy a pasar a responder, por ejemplo, algunas interrogantes. Se dice siempre «el Estado siempre pierde», se dice, por ejemplo, que el arbitraje es pro contratista, que el arbitraje es un sistema oneroso por sus condenas. Siempre hay esa pregunta, ¿cuál es mejor, el arbitraje institucional o el arbitraje *ad-hoc*?; y hago acá una pequeña aclaración porque conozco a algunos destacados secretarios arbitrales que también están acá y que son secretarios arbitrales *ad-hoc*, cuando yo digo de repente que el arbitraje *ad-hoc* no es el idóneo para la contratación pública, hago la aclaración que no estoy señalando que el arbitraje *ad-hoc* es malo, por si acaso; el arbitraje *ad-hoc* puede funcionar muy bien en temas de repente civiles, donde hay dos particulares, pero en contratación pública, yo creo que el que más afinidad tiene es el arbitraje institucional, y lo vamos a señalar y vamos a sustentar las razones del porqué.

Para ello, como señalé hace un momento, hay una serie de estudios; los estudios más serios que me parecieron para hacer esta ponencia, por ejemplo, son de la Contraloría General de la República, pero no para tomarlo y hacer lo mío, sino para criticarlo; y, otro estudio que me parece muy interesante, es el elaborado por el Centro de Análisis y Resolución de Controversias de la Católica, denominado «Panorama actual del arbitraje», que me parece muy interesante, pero éste es un estudio del 2012, entonces, yo he hecho algunos agregados a este estudio con la práctica y con la casuística que tenemos en la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Entonces, por ejemplo, los profesores que me han antecedido, han señalado que, si vemos las contrataciones con el Estado, y las contrataciones con el Estado son obras, bienes, servicios, consultorías, más hay en obras. Es cierto, por ejemplo, en la procuraduría pública en donde yo trabajo, hay aproximadamente 815 arbitrajes en trámite, de esos, el 90% o 92% son sobre obras.

Entonces, la pregunta es ¿por qué son más costosos? Evidentemente, son más costosos porque, por ejemplo, un contrato de infraestructura vial no baja de 500 millones de soles; por ejemplo, pero, yo creo que ésa no es una respuesta correcta, porque no es por lo costoso que este tipo de

controversia o este tipo de contrato genera más controversias, sino porque justamente, ¿qué es lo que se va ejecutar en una obra? Se va a ejecutar lo que se señala en un expediente técnico, y ¿cómo es el expediente técnico en el Perú?

Lamentablemente, si revisamos por qué se generan ampliaciones de plazo, por qué se generan de repente adicionales de obra y todas esas controversias, justamente el problema está ahí, en la mala elaboración del expediente técnico; pero, también es cierto y, como dice por ejemplo el profesor Jaime Gray, un destacado especialista en derecho de la construcción, no existe contrato de obra o contrato de construcción perfecto, porque este tipo de contratos, a diferencia de un contrato, por ejemplo, de compra-venta, este contrato de obra o construcción, como lo quieran denominar, está pues ligado íntimamente con la incertidumbre, porque se hacen estudios previos, se hacen calicatas y se hacen aproximaciones y se trabaja con aproximaciones, pero, en el ínterin de la ejecución de la obra, pues, puedes encontrar, como se encuentra en el Perú, una momia, un huaco, y ¿eso qué te genera?, te genera trabajos adicionales, te genera ampliaciones de plazo, pero eso no estuvo en el expediente técnico. ¿Por qué? Porque este tipo de contratos está muy ligado con la incertidumbre y otros tipos de problemas sociales y políticos que puedan suceder.

Entonces, lo que quiero que les quede claro señores, es que efectivamente, como han dicho los profesores que me han antecedido, es en las obras donde están las mayores controversias que se generan en contratación pública. Ahora, si nosotros revisamos la composición de los tribunales arbitrales, éstas se pueden resolver ante árbitro único o ante un tribunal conformado por 3 y también acá, y coincidimos con el informe que hizo la Pontificia Universidad Católica del Perú, que el 63.2% se resuelve mediante un tribunal arbitral compuesto por tres, y el 36.8% por árbitro único; y, estábamos revisando por qué, y una de las razones, por ejemplo, es básicamente no un aspecto técnico, sino un aspecto hasta sociológico, si se podría decir, porque una parte cuando designa a su árbitro de parte —por cierto, está mal dicho «árbitro de parte», los árbitros no son de parte, sino son del proceso arbitral—, cuando designan un árbitro, se siente un poco más confiada, porque hemos visto en la coyuntura actual que a veces algunos árbitros en un tribunal arbitral, se olvidan que son profesionales

independientes e imparciales y a veces, pues, incluso hasta las preguntas van destinadas a cuestionar a una de las partes.

Yo tuve una experiencia profesional en un caso, donde estábamos haciendo una interrogación a un perito, un *cross-examination*, como se llama en el arbitraje internacional, y nosotros nos preparamos e hicimos las preguntas al perito; pero, nuestra contraparte no hizo estas preguntas, pero ¿qué hizo el árbitro designado por esta parte?, hizo las preguntas que esa parte no hizo.

Entonces, ahí se levantó la mano y se dijo «Puede hacer preguntas, pero no puede el árbitro ponerse, pues, en la parte o ser el abogado de parte, porque eso le corresponde justamente a las partes, y no le corresponde, pues, a los árbitros».

Entonces, yo creo que ésa es una de las razones del porqué una parte se siente más confiada en que su controversia sea solucionada mediante un tribunal conformado por 3 y no por 1 y, además, por 1 siempre no hay acuerdo, y ¿quién termina designando?, la Cámara de Comercio de Lima o el Centro de Arbitraje de la Católica, y ante esto manifiesto una pequeña preocupación, por ejemplo, en los contratos de Proviñas Nacional, se ha determinado, por ejemplo, que el presidente sea designado por la institución nominadora, puede hacer esto la Cámara de Comercio, por ejemplo. Entonces, cada parte designa al árbitro, va al centro de arbitraje, y el centro de arbitraje designa al presidente.

Pero, ¿cuál es el problema que estamos viendo en la actualidad?, que estos centros de arbitraje están designando a profesionales que no conocen nada de contratación con el Estado y, en específico, sobre obras. Por ejemplo, en una controversia millonaria en la que estamos debatiendo sobre la pérdida de productividad y estamos aplicando un método, y el presidente en este caso en concreto, y es un especialista, y que no desmerece porque es un gran especialista en su materia, en derecho bursátil; y, entonces, en la audiencia, el presidente no cumple lo que dice la Ley de Arbitraje. La Ley de Arbitraje dice que el presidente es el director de debate, pero no es el director de debate, sino es uno de los árbitros designados por las partes.

Entonces, mi llamado es, si de repente acá hay algún miembro de las cámaras de comercio, que, pues, designen a las personas idóneas para que puedan solucionar una controversia de manera idónea, valga la redundan-

cia. Si no, esto va a terminar en una anulación, en recusaciones, etcétera, etcétera.

La duración, por ejemplo, del arbitraje. Esto es muy importante, por ejemplo, el 70% de los arbitrajes dura aproximadamente un año; el 21.5 % de los arbitrajes dura 1 año y medio aproximadamente; un pequeño grupo, el 5.2%, dura dos años; y, el 6%, por ahí, dura, pues, más de dos años.

Lamentablemente, y esto ya es una cuestión política, ustedes saben la coyuntura actual, Odebrecht y el «Club de la Construcción». Salen, pues, personas a hacer denuncias, etcétera y, lamentablemente, esto de repente genera, pues, recusaciones que, a mi criterio o a criterio de una persona que tiene ciertos conocimientos básicos de derecho arbitral, no van, pero se tienen que tomar, porque de repente ya son decisiones políticas que escapan de la mano del funcionario.

Entonces, ¿esto qué ha generado últimamente?, que un gran grupo de estos contratos o de estos arbitrajes, no va a acabar en esta estadística de 70%, es decir, en un año, sino acabará de repente en dos años, en tres años, sabe Dios, y los perjudicados serán las partes.

Por ejemplo, en el estudio que hizo la Católica, señalaba que el grueso, casi el 80 %, era el arbitraje *ad-hoc*, y el pequeño, el arbitraje institucional; pero, eso ha cambiado porque, como lo dije, el estudio de la Católica era, pues, del 2012, cuando en el arbitraje institucional, recién todavía las instituciones como Católica, la Cámara de Comercio, estaban implementándose, las cámaras de comercio, por ejemplo, de Junín, de Arequipa, etcétera. Pero, ahora ya se ha invertido y un 80% de los procesos arbitrales son, pues, institucionales; y un pequeño, reducido grupo del 25%, son *ad-hoc*; y, un 5%, y esto está desapareciendo cada vez más, es OSCE.

Bueno, a las personas que están interesadas, yo les puedo mandar las diapositivas que, por una cuestión de tiempo, no voy a poder terminarlas.

Ahora, y con esto termino, por ejemplo, la Contraloría en su estudio señala que el Estado pierde el 70% de los procesos arbitrales, favorables solamente el 27%, y otros que terminan, por ejemplo, en conciliación, un 3%. Entonces, yo quiero desacreditar esto con un trabajo de campo que hemos realizado en la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Como señalé, hemos analizado 135 laudos y, de esos 135 laudos, hemos perdido en 24 laudos, es decir, más o menos en un 17 % hemos perdido.

Por ejemplo, la Contraloría dice que el Estado pierde en un 70%, yo creo que, al menos, eso, en la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes, no es así. En estos dos años, hemos perdido un 17%, pero acá lo que se me pasó es que no coloqué que cinco laudos arbitrales se han anulado, es decir, hemos perdido en diecinueve. Incluso ayer, cuando estaba saliendo, nos notificaron otro laudo que había sido anulado. Consecuencia, no se han perdido veinticuatro laudos, sino se han perdido dieciocho o diecinueve.

Ahora, en treinta y cinco laudos, el Estado ganó en su totalidad; y, en setenta y seis laudos, el Estado ganó de manera parcial. Es decir, por ejemplo, el contratista pide que se le reconozcan mayores gastos generales por treinta millones, y el tribunal arbitral le da, pues, un millón, de repente eso no evalúa, por ejemplo, la Contraloría, sino de manera mecánica dice: «El Estado perdió».

Y lo que sí, y yo resalto acá, por ejemplo, porque hay algunos árbitros, es que los árbitros últimamente están haciendo algo que es muy correcto, y que nosotros desde la defensa del Estado siempre hemos reclamado; es, por ejemplo, si es que el contratista que inicia una demanda temeraria pierde el proceso arbitral. ¿Por qué, pues, vamos a pagar 50%-50% los honorarios arbitrales? Esto no tiene sentido. Lo que últimamente están haciendo los árbitros, es castigando al 100% al contratista, al que presenta una demanda temeraria, por ejemplo. Y también con el Estado; por ejemplo, el Estado también puede presentar una demanda por vicios ocultos, no sé; y si el Estado pierde, el Estado paga el 100%, y eso me parece correcto.

Y con esto termino. Las controversias que más se generan, por ejemplo, lo primero son ampliaciones de plazo; lo segundo son penalidades; tercero, resolución de contrato; cuarto, liquidación de obra; y, por último, tenemos indemnización por daños y perjuicios. Pero, como estábamos conversando aquí con los doctores, previo a salir a exponer estábamos señalando, por ejemplo, con este tema de los huaicos, de «El Niño Costero» que hemos tenido, pues, ¿esto qué ha generado?, ha generado paralizaciones, ha generado ampliaciones de plazo, pero también ha generado costos de improductividad, maquinaria paralizada, etcétera. Por ejemplo, al Ministerio de Transportes están llegando las últimas demandas, que ya no son sobre ampliaciones de plazo, sino son reconocimiento de maquinaria paralizada, reconocimiento de costos improductivos y, últimamente, el

tema de las disrupciones. Entonces, yo creo que esta lista de acá, a un año, se va a poder modificar.

Hay algunos temas que puedo tratar, pero lamentablemente ya estamos en hora de almuerzo. Las personas que están interesadas en estas estadísticas y en esto, o que desean alguna lectura adicional, yo encantado de poder remitir a su correo electrónico la información, simplemente un correo y punto.

Muchas gracias y muy amables.

Presentador: Agradecemos la participación del doctor David Aníbal Ortiz Gaspar, y con esto hemos finalizado la mesa número 3.

MESA 4: ARBITRAJE COMERCIAL. A DIEZ AÑOS DE VIGENCIA DE LA LEY DE ARBITRAJE

*Alonso Adrián Sainz¹
Ludovina Villanueva Núñez²*

Presentador: Muy buenas tardes, en nombre de la Universidad Católica San Pablo y el Círculo de Arbitraje con el Estado, les damos la bienvenida a la segunda etapa del I Seminario de Arbitraje y Contratación con el Estado.

A continuación, vamos a iniciar la mesa 4, titulada «Arbitraje Comercial. A diez años de vigencia de la Ley de Arbitraje». Nos acompañan en la mesa, el profesor Alonso Adrián Sainz, docente universitario y especialista en arbitraje de la Universidad Católica San Pablo; y, la doctora Ludovina Villanueva, Secretaría General de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa.

Primero, Escucharemos al doctor Alonso Adrián Sainz, con el tema «Medidas cautelares en el arbitraje». Adelante, doctor.

Alonso Adrián Sainz: Muy buenas tardes. En primer lugar, mi reconocimiento a la Universidad Católica San Pablo por este seminario y, también, al doctor Juan Fernando Mendoza, aquí presente, promotor y verdadero inspirador de actividades académicas.

Tenemos quince minutos para una breve presentación y, después, lo más enriquecedor será el conversatorio.

Todos nosotros tenemos una noción de medida cautelar, y la medida cautelar, recuerden, simplemente es una decisión que permite asegurar una decisión definitiva. Por esa razón, se dice que la medida cautelar es instru-

¹ Abogado, especialista en contratación pública y arbitraje. Capacitador y docente. Tiene una amplia experiencia como consultor.

² Secretaria General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa.

mental, es modificable, es decir, variable, importa un prejuzgamiento, porque finalmente, como instrumento, está orientada a asegurar un resultado.

Es así en la sede judicial y es también así en la sede arbitral. El Código Procesal Civil, en el conjunto de disposiciones sobre medidas cautelares, permite presentar una clasificación de éstas. La clasificación que aparece en la pizarra fue elaborada por el equipo de trabajo del diario *El Peruano*, por tanto, no es de mi autoría, y es pertinente señalar que esta clasificación no es la que sigue la Ley de Arbitraje.

A veces tendemos a pensar que el Código Procesal es un soporte, una ayuda de la norma arbitral, y ese entendimiento no es exacto. El arbitraje tiene su propia configuración, su propio funcionamiento y por ningún motivo tenemos que pensar en la existencia de algo que diga «Supletoriamente se aplican las normas del Código Procesal Civil», es decir, muchas veces tenemos la deformación que nos hace pensar en que a este esquema procesal se le aplica supletoriamente el Código o las disposiciones del Código Procesal Civil. Eso no funciona en el arbitraje, lo cual no quiere decir que no haya una colaboración entre la justicia común que despliega el Poder Judicial y la justicia arbitral, pero creo que ésta es una primera conclusión en nuestros breves quince minutos.

El Código Procesal no es un sostén de las normas arbitrales, en lo absoluto, en lo absoluto. Entonces, las normas de la clasificación que brevemente aparece en la pizarra, y que yo con todo gusto puedo enviar a los correos electrónicos de ustedes, no es la clasificación de la Ley de Arbitraje.

Aquí tenemos medidas para la futura ejecución forzada, está el depósito, el embargo en forma de depósito, embargo en forma de inscripción, retención, intervención. La intervención es muy interesante, tiene en recaudación, en información, en administración, tiene el famoso secuestro que tiene dos posibilidades, el secuestro judicial y el secuestro conservativo. El secuestro judicial es específico cuando se discute la propiedad o posesión de un bien, entonces, es posible pedirle al juez que precisamente sustraiga el bien de la persona que lo tiene en su poder para que se asegure la no desaparición, la no destrucción, menoscabo del bien. Y tenemos la famosa anotación de demanda. Fíjense, todo esto dentro de lo que son las medidas cautelares para ejecución forzada.

Además, tenemos las medidas innovativas. Esto constituyó en su momento una modificación importante en relación al antiguo Código de Pro-

cedimientos Civiles, las medidas innovativas se perfilaron en el Código Procesal Civil del año 1993.

Tenemos las medidas de no innovar y, si por si esto fuera poco, tenemos las medidas genéricas, que quieren cerrar cualquier omisión en que hubiese podido ocurrir el legislador.

Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista. Habrá que ponerse en un caso sumamente especial para encontrar la necesidad de esta medida cautelar.

Las famosas medidas temporales sobre el fondo ¿Cuál es la diferencia que marca la medida temporal sobre el fondo en relación a otras medidas cautelares? Que la medida cautelar sobre el fondo es, quizás, la que implica el mayor prejuzgamiento, es decir, es una imaginación de la trayectoria que va a seguir la sentencia y, entonces, uno dice «Esta controversia va a recibir una sentencia fundada, y yo doy una medida temporal sobre el fondo de lo que finalmente va a ser la decisión». El ejemplo notorio y clásico y muy sencillo, más no el único, es la asignación anticipada en el proceso de alimentos, es decir, se abre un proceso de alimentos y el juez a simple lectura determina que la demanda será declarada fundada, entonces, ordena medida cautelar sobre el fondo, en medida cautelar concedo ya una asignación anticipada.

¿Cuáles son las diferencias entre las medidas cautelares en sede del Poder Judicial y en sede arbitral? Hay algunas diferencias. En primer lugar, la Ley de Arbitraje, como dije hace un momento, no las detalla, simplemente dice que, si es necesaria una medida cautelar, se le puede pedir al árbitro o al tribunal arbitral. Y hay un conjunto de cuatro supuestos en que se habilita la posibilidad de solicitar la medida cautelar: Mantener o restablecer el *statu quo*, adoptar medidas para impedir algún daño actual o inminente, proporcionar algún medio para preservar bienes y preservar elementos de prueba.

Una diferencia de orden procesal, radica en que, en la Ley de Arbitraje, la medida cautelar implica un previo conocimiento a la otra parte, es decir, se solicita la medida cautelar y el tribunal tiene que comunicar a la otra parte que se está pidiendo la medida cautelar. Excepcionalmente, si la parte que pide demuestra que es necesario no comunicar, el tribunal puede decidirlo; sin embargo, la regla general es la comunicación, a diferencia de

la medida cautelar común del Poder Judicial que es sin noticia, sin conocimiento, sin notificación al afectado, se notifica la medida cautelar una vez que ha sido ejecutada. En el arbitraje es al revés; pero, repito, se puede disponer la omisión de la notificación, si es que así se justifica.

La ubicación de la medida cautelar en la Ley de Arbitraje, que ha sufrido algunas modificaciones, pero finalmente aún nos rige, está en el Título IV, «Actuaciones arbitrales».

Hay algunas preguntas, ¿se puede pedir la colaboración de la justicia?, sí, desde luego que sí, es decir, el árbitro puede pedir al Poder Judicial, al juez, que le brinde soporte para la ejecución de determinadas medidas cautelares. Y aquí viene una diferencia importante, los árbitros no tienen facultades —estimo, ésta es una idea, pero podemos conversar en relación a ello—, no tienen facultades para ordenar, por ejemplo, el auxilio de la fuerza pública. O sea, es inadmisible que un árbitro mande un escrito a la Comisaría de Santa Marta y le diga «Señor Mayor, ¿sabe qué?, mañana vamos a hacer un embargo y, entonces, por favor aliste usted un piquete de cinco policías». Eso no puede hacer un árbitro, un árbitro no puede ordenar un descerraje y un allanamiento de domicilio, no puede, ¿por qué?, porque entramos en principios constitucionales que son muy sólidos y le confieren eso al Poder Judicial. Éstos casi límites extremos, muestran que finalmente es necesaria la colaboración entre el Poder Judicial y el arbitraje.

El sentido de la medida cautelar en arbitraje es igualmente asegurar la eficacia del laudo. Una diferencia también importante, es que, en sede común de la administración de justicia, hay que presentar una contra cautela para solicitar la medida cautelar. Así se llama, «Contracautela», es decir, una manifestación de voluntad en la que el solicitante de la medida cautelar, manifiesta expresamente que está dispuesto a resarcir los daños que pudiera causar la ejecución de la medida cautelar. En el arbitraje se usa una palabra más técnica y, probablemente, más adecuada, se dice: «Se pueden exigir garantías para conceder la medida cautelar», entonces, la palabra «Garantía» es más precisa, tiene una denotación más clara que la palabra «Contracautela».

Y las garantías son reales y personales. Reales, la garantía mobiliaria, la hipoteca; y, garantías reales, la fianza. En títulos valores podríamos decir, el aval. Entonces, esa sutileza es interesante de poner en relevancia. En sede

arbitral no se trata de decir «Ofrezco contracautela», no, hay que decir «Ofrezco esta garantía, real, personal».

En este tiempo, finalmente quisiera decir que hay una conexión entre el Código Procesal Civil con las normas de la Ley de Arbitraje, donde encontramos la interesantísima Disposición Complementaria Décima de la Ley de Arbitraje. Dice, «Prevalencia.- —me estoy refiriendo a la Ley de Arbitraje— Las disposiciones procesales de esta norma, respecto de cualquier actuación judicial, prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil»; es decir, no sólo es que el Código Procesal o las normas procesales no son el sostén de las normas arbitrales, sino que la norma arbitral está diciendo algo mucho más radical, le dice a las normas procesales: «Que quede claro que si hay alguna contradicción, nosotros establecemos la preeminencia de las normas arbitrales»; pero, eso no enerva las limitaciones que tienen los árbitros para disponer determinadas medidas cautelares, específicamente, las que señalé hace un momento. Es inadmisible que un árbitro esté disponiendo la actuación de la fuerza pública, por ejemplo, eso no es admisible, eso no va a poder funcionar.

Bien, entonces, éstas son algunas ideas preliminares, y creo que el debate va a ser mucho más enriquecedor con la participación de ustedes.

Presentador: A continuación, tenemos la ponencia de la doctora Ludovina Villanueva. Ella es Secretaria General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa. Adelante, doctora.

Ludovina Villanueva Núñez: Yo tengo varios años trabajando y viendo día a día, es mi quehacer diario, sobre el arbitraje, y cómo y hacia dónde estamos orientándonos, y hacia dónde queremos que se oriente la práctica arbitral. En ese sentido, una vez que termine de contar esto que yo quiero contarles o comentarles, me gustaría poder responder todas las preguntas e inquietudes que ustedes tengan a bien formularme.

Pero, antes de continuar, quiero agradecer sinceramente a la Universidad, al Círculo de Arbitraje, por haber considerado mi participación en este evento que es fundamental, y creo es una de las prácticas que tiene que ser obligación de todos los actores y de todos los que nos dedicamos al tema arbitral.

Bien, hay dos cosas, dos premisas que se tienen que tener en consideración para que el sistema arbitral tenga fortaleza y tenga la confianza que requerimos todos los que nos dedicamos a ello. Y, la primera de ellas,

está en las buenas decisiones que adoptamos todos los que estamos en el sistema, me refiero no solamente a los árbitros, sino a los centros que administramos arbitrajes, de eso va a depender, como decía, la fortaleza del sistema, porque esto va a generar confianza y esto, a su vez, va a derivar en que el sistema sea más conocido y sea más utilizado por todos aquellos que queremos que nuestras controversias, las que puedan ser materia arbitral, se resuelvan de manera rápida, idónea y eficaz.

Entonces, un primer tema que creo debe considerarse, es que las decisiones que deben tomar todos los actores del sistema tienen que ser imparciales, y eso, al adoptar decisiones imparciales ya sean los árbitros o sean los centros de arbitraje, porque ya ustedes van a saber a continuación que los centros de arbitraje también tomamos decisiones, no solamente administrados procedimientos, eso va a generar que el sistema siga siendo cada vez más reconocido.

En el caso, por ejemplo, de las instituciones arbitrales, ellas juegan un papel gravitante, fundamental creo yo, en el sistema, y es que los que trabajamos en los centros de arbitraje, somos los que tenemos contacto directo día a día con las partes, con los árbitros, con los abogados de las partes y, en la medida que vean que nuestras decisiones en realidad son imparciales, vuelvo a repetir y lo voy a repetir cada vez que sea posible, la confianza va a crecer. Entonces, esto va a hacer que el sistema siga creciendo, pero siga creciendo bien, y no se desconfíe, como lamentablemente se ha venido desconfiando en los últimos tiempos, por los temas que ya son de público conocimiento que tienen que ver con corrupción.

Eso trae como consecuencia, entonces, que la conducción de los procesos se tiene que hacer de manera correcta. Una de las partes o uno de los temas, uno de los requisitos que yo exijo, por ejemplo, a las personas que vienen a trabajar con nosotros en nuestro centro, es básicamente su conducta ética. Lo que yo siempre les digo es que aquí la conducción tiene que ser correcta y eso tiene que ir de la mano obviamente con estándares éticos, porque el tema técnico se aprende, el tema técnico lo podemos enseñar día a día; pero, la conducción ética y correcta creo que es, nuevamente, gravitante para que el sistema siga funcionando.

Eso tiene que ver como consecuencia, entonces, que los estándares éticos con los que tienen que manejarse todos los operadores del sistema, realmente sean sólidos. Caso contrario, el procedimiento puede verse afec-

tado, y el procedimiento va a verse afectado; y eso en la medida que una de las partes tenga dudas de que el árbitro es imparcial, de que el centro de arbitraje es imparcial, de que el secretario arbitral está teniendo actuaciones indebidas, el procedimiento se cae. Y eso trae como consecuencia que no solamente se caiga este procedimiento, sino además, todo el sistema.

Entonces, de lo que se trata es que nosotros que somos los operadores, cuidemos como un preciado objeto y como uno de los fundamentales objetivos, que el sistema se cuide y que sea debidamente conducido. Entonces, el éxito del procedimiento definitivamente va a estar en la conducta irreprochable que tengamos cada uno de los que nos conducimos en la administración de un proceso.

En el caso de los centros de arbitraje, por ejemplo, cuando les hablaba de decisiones hace un momento, los centros de arbitraje, en efecto, toman decisiones, no solamente reciben peticiones arbitrales y administran el proceso, es decir, actúan como una suerte de secretaría de juzgado, ésa no es la única función. Las funciones fundamentales que, por ejemplo, nosotros tenemos son resolver recusaciones, resolver infracciones éticas, designar árbitros. Fíjense ustedes lo importante de la labor y de la función que tenemos nosotros.

Entonces, si alguien formula una recusación, la evaluación que se tenga que hacer de esa recusación, evidentemente tiene que obedecer únicamente a estándares totalmente objetivos, de tal suerte que la resolución que emita el centro, sea debidamente aceptada por cada una de las partes, y sepan que al final, cuando se emita el laudo, sea más fácil que la parte que ha perdido ejecute el laudo sin tener que acudir al Poder Judicial porque vio que en el procedimiento, el tema no se condujo de manera adecuada, salvo, obviamente, actores y abogados o partes que actúan de una manera inadecuada; pero, estoy yo en el ideal, el ideal es que una vez que se resuelva un laudo, la parte vencedora cumpla con lo que se resolvió en el laudo. Y esto va a ser posible, cuando las partes tengan absoluta certeza de que el procedimiento se condujo de manera adecuada.

Entonces, en el caso de recusaciones, les decía yo, por ejemplo, nosotros ahí adoptamos decisiones, es el consejo ejecutivo de los centros o las cortes de arbitraje, como se denominan en otros centros, los que toman decisiones al respecto. Lo mismo sucede cuando existen denuncias sobre la conducta ética del árbitro o la conducta ética de las partes o de los propios

funcionarios de los centros. Vean ustedes, entonces, la importancia que tienen los centros de arbitraje cuando adoptan esas decisiones para que el sistema funcione debidamente.

La academia, los centros de arbitraje de mucho prestigio y círculos de arbitraje, recomiendan, dan una serie de recomendaciones de cómo debe conducirse un centro de arbitraje, por ejemplo, ellos dicen que los servicios deben ser tales, que no sea posible nuevamente que sea cuestionado. Y esto se refleja; por ejemplo, uno, que tienen que ser prestados de manera objetiva, de manera eficaz, de manera responsable y permanentemente, los centros tenemos que autoevaluarnos para ver cómo es que estamos brindando el servicio, y esto también se refleja en la permanente revisión de nuestros reglamentos para que sean aplicados con los estándares internacionales y obviamente como van avanzando los tiempos. Entonces, es una de las primeras recomendaciones que creo que debemos tener en consideración.

Otra segunda recomendación es la independencia institucional que deben tener los centros de arbitraje. Ser independientes e imparciales, nuevamente, nos va a generar confianza. Y eso también se traduce en muchísimas acciones que nosotros tenemos que tener en cuenta y tenemos que considerar.

Por ejemplo, los centros de arbitraje y los operadores de los centros no damos asesoría a las partes cuando vienen a nuestro centro, normalmente los atendemos; pero, atender y dar respuesta de temas concretos, como cosas genéricas, cómo se lleva a cabo el procedimiento, pero, de ninguna manera absolver cuestiones que tengan que ver con sus pretensiones, eso no es posible, eso está prohibido y puede también ser pasible de una denuncia de orden ético.

No se puede recomendar a los asesores legales tampoco. Eso yo lo vivo a diario, siempre cuando vienen a hacerme consultas, las partes me dicen, «¿A quién me recomienda?», lo que yo siempre les digo es «El abogado o el asesor a quien usted tiene que recurrir, es al que le genere mayor confianza»; y, dos, «Usted tiene una lista si se trata de árbitros, usted selecciona, ahí están cada una de las características y cualidades y especialidades de los árbitros». Entonces, éste es un tema que también debemos tener en consideración para no caer en cuestiones parciales que puedan ser cuestionadas posteriormente.

La designación de los árbitros, que también es una de las competencias que tienen los centros, en caso de que las partes no se hayan puesto de acuerdo, si se trata de árbitro único o si se trata del presidente del tribunal arbitral o cuando la parte renuente no designa al árbitro, en esos casos estamos prohibidos de designar a funcionarios o a miembros de nuestros consejos. Ésta es otra de las cosas que se tienen que tener en consideración y que ustedes tienen que saber, que si por ahí alguien designa a uno de los miembros de los centros de arbitraje —que sé que existen, me han comentado, en fin, cosas que se murmuran por ahí—, no es posible y, en todo caso, ustedes pueden denunciar éticamente a este centro o a esos funcionarios que así lo hicieron.

Y yo quiero correr un poco porque me quedan escasos minutos. Entonces, lo que les quiero decir es que, además de estos conceptos que ya he comentado, las recomendaciones que tienen que ver con la buena práctica arbitral no solamente están en el buen servicio que se brinda, en la imparcialidad, también está en la transparencia. Los centros de arbitraje tienen que manifestar y tienen que dar a conocer exactamente quiénes son sus funcionarios, quiénes son sus órganos de gobierno, de dónde es que obtienen los recursos para que el centro opere, si tienen una institución que los está solventando o garantizando, etcétera.

Otra característica que implica la buena práctica es la celeridad que se tiene que tener al momento de administrar un proceso porque, fíjense ustedes, nosotros acudimos a la instancia arbitral, precisamente para evitar que la laxitud y lentitud y todos los males que lamentablemente aquejan al Poder Judicial no nos alcancen. Entonces, una de ellas es la celeridad, y eso depende de que los operadores estemos pendientes de que los plazos se cumplan de la manera adecuada.

Tenemos que hacer una selección objetiva de los árbitros, los centros de arbitraje tienen unas listas de árbitros en donde, en el caso nuestro, por ejemplo, están colgadas sus hojas de vida, cuáles son sus especialidades, en fin.

Otra cosa fundamental es la flexibilidad que debe tener el procedimiento arbitral. Alonso decía hace un momento, que había una diferencia entre el procedimiento arbitral y el procedimiento judicial y, en efecto, la diferencia es sustancial, una de ellas es la flexibilidad. Se debe dar a las partes la posibilidad de que ellas adecúen el procedimiento a sus propias

necesidades y, en caso no sea posible el acuerdo, recién ahí se aplican los reglamentos.

La confidencialidad es otra de las buenas prácticas que se tienen que tener, cuando nosotros tenemos un procedimiento, solamente lo sabemos nosotros. En temas de procedimientos con el Estado, existen unas reglas distintas; pero, tratándose de temas que son entre privados, la confidencialidad es absoluta, no hay forma de que nadie más que los que administrámos el proceso y las propias partes conozcamos el sentido del procedimiento, y ni siquiera las partes que están en cuestión.

Y, como última buena práctica del arbitraje y de las instituciones arbitrales, tenemos la promoción. Ésta es una forma de promover el arbitraje, haciendo este tipo de eventos.

Creo que estoy en la hora y estoy a disposición del moderador.

Gracias.

Presentador: Muchas gracias, doctora Ludovina.

A continuación, tenemos una ronda de quince minutos de preguntas del público a los ponentes.

Primera pregunta del público: Doctora Ludovina, doctor Alonso, ante todo agradecerles su presencia y su exposición. Mi pregunta va para la doctora Ludovina, respecto a cuál es su opinión y su posición sobre la regulación de detener el récord arbitral porque, digámoslo así, el OSCE anteriormente ha creado un récord que con la modificación de la Ley de Contrataciones fue derogado, es decir, al día de hoy, si entramos y visitamos el portal web del OSCE y queremos tener información real y actualizada de un árbitro, es muy complicado tener sus laudos, cuántas recusaciones tuvo, por qué partes fue designado ¿En las buenas prácticas, considera que cada institución o centro de arbitraje puede incorporar un récord arbitral, al menos de la nómina de sus árbitros, o es un tema también de confidencialidad?

Gracias, doctora.

Ludovina Villanueva Núñez: Ok, gracias por la pregunta sumamente importante. Yo creo que todo lo que tenga que ver con recusaciones e infracciones que tengan que ver con el código de ética, tiene que ser conocido por todos los que acuden a los centros. Una cosa es que no se conozca el tenor y el sentido de un procedimiento y de las partes que acuden a

resolver su conflicto; pero, otra muy diferente, es que las partes que quieren acudir a que la controversia sea resuelta no sepan con quiénes cuentan.

Y yo sí creo, en el caso nuestro, por ejemplo, nosotros tenemos dentro de nuestro reglamento la obligación de que cada queja que sea declarada fundada, tiene que aparecer en un registro y que tiene que ser de conocimiento público, y estoy totalmente de acuerdo con eso. Es más, los centros de arbitraje de todo el Perú, en algún momento, hemos conversado al respecto para que todo lo que tenga que ver con recusaciones, infracciones, sea conocido por todos nosotros y que exista un registro. Yo estoy de acuerdo con eso, para precisamente saber quién es quién, no tengo ningún conflicto con que así sea y, es más, soy una de las que apoyan e impulsan eso. Totalmente de acuerdo. Gracias.

Segunda pregunta del público: Que tal, soy Piero Ríos, de la Universidad Católica San Pablo. Una pregunta para la doctora Ludovina, y quizás también para el doctor Adrián.

Además del récord arbitral, que ya se mencionaba anteriormente, por ejemplo, ahora en Lima, la Cámara de Comercio de Lima está implementando o pretende implementar un sistema que se llama *Arbitrator Intelligence*, que es una especie de sistema de encuestas donde las personas o abogados representantes o usuarios, en todo caso, del arbitraje, llenan unas encuestas que permiten una cierta calificación de la experiencia de cómo fue un arbitraje administrado, digamos, en este caso, en la Cámara de Comercio de Lima, y con preguntas sobre si es que consideró que, por ejemplo, los árbitros trabajaron diligentemente o si es que en concreto tuvieron una experiencia agradable con respecto al servicio, más allá del récord arbitral y del tema de las recusaciones que tienen que ver con el cumplimiento o no de un reglamento. ¿Considera, doctora Ludovina, en su papel de Secretaria General del Centro de Arbitraje de la Cámara de la Comercio e Industria de Arequipa, que ésta sería también una herramienta que ayude quizás a mejorar la percepción de los usuarios o, en general, la transparencia que, al menos en los tiempos actuales, se reclama en arbitraje?

Y, al doctor Adrián, quizás como usuario, como abogado, ¿le gustaría quizás también o siente que sería una herramienta útil tener un sistema de encuestas, donde al finalizar un procedimiento arbitral uno tenga la oportunidad de expresar cuáles fueron sus percepciones generales sobre el proceso?, si es que eso ayudase a mejorar la experiencia arbitral?

Ludovina Villanueva Núñez: Hola Piero, gracias. Mira, todo lo que tenga que ver con la mejora del servicio, yo estoy de acuerdo. Es más, si bien es cierto en el caso nuestro no hacemos uso de esa herramienta de pregunta a través de una encuesta física sobre si estuvieron o no contentos, satisfechos o no con el servicio, en realidad nosotros lo hacemos, no solamente a las partes una vez que se concluye con el servicio, normalmente soy quien pregunta qué les pareció, qué te pareció, en fin; pero, también con la gente que trabaja con nosotros, es decir, nosotros hacemos una suerte de récord para ver en dónde estamos fallando, qué es lo que se debe mejorar, en fin, todo lo que tenga que ver con la mejora del servicio, todo tiene que ser aplicado, y ésa es una buena idea que me acabas de dar y, por supuesto, que voy a pedir que se evalúe y seguramente la vamos a implementar, casi con toda seguridad, pero estoy totalmente de acuerdo.

Gracias.

Alonso Adrián Sainz: Muchas gracias Piero, por la pregunta. Yo también estoy de acuerdo en que es importante auscultar la opinión de los usuarios del arbitraje. En ese sentido, una encuesta ayuda a conocer cuáles son sus impresiones, sus opiniones. Sin embargo, cuando hacemos encuestas a nivel de justicia, tenemos que ser muy cuidadosos. ¿Por qué? Porque cuando hacemos encuestas sobre justicia no estamos preguntando, por ejemplo, sobre el servicio de EsSalud, sobre el servicio de comedores populares, donde no hay ganador ni perdedor, simplemente un servicio que aspira a lo óptimo.

Cuando hacemos encuestas en justicia, hay una parte perdedora y es fácil que esta parte perdedora esté dispuesta a denostar sin razón alguna al árbitro que no le dio la razón. Entonces, las preguntas deben estar orientadas a rastrear esos ánimos que son animadversiones.

Claro, ustedes dirán «Pero, en el fútbol, el árbitro resuelve partidos en donde alguien gana y alguien pierde o los dos equipos empatan», sí pues, el fútbol es una buena razón contra el argumento que acabo de dar, el fútbol, el básquet, el vóley; pero, las reglas, pues, ahí son mucho más cortas y mucho más exactas, la justicia es mucho más imprecisa en muchos aspectos. Entonces, cuando hacemos evaluación de justicia en concreto, tenemos que tener en cuenta que la parte que no resultó muy favorecida, no va a tener un ánimo muy condescendiente precisamente con las personas que llevaron a cabo el arbitraje.

Ludovina Villanueva Núñez: Alonso, para completar esto, sí, tienes toda la razón; pero, precisamente, quien evalúa la encuesta tiene que tener en consideración una serie de factores y seguramente esos son los que también se tienen en cuenta.

Tercera pregunta del público: Hola, ¿qué tal? De hecho, felicitar a todos los que están participando de este seminario, sobre todo, acá en provincia, porque definitivamente, con todo lo que hemos visto en los medios sociales y lo que viene viviendo el país con el tema de corrupción en el Poder Judicial, es importante que se hagan estos seminarios, sobre todo con alumnos, que aún están en posibilidad de cambiar la situación. Pero, de hecho, en contratación pública, por ley, tienes que irte a arbitraje, entonces, con eso estamos genial, porque el arbitraje, por lo que voy conociendo, tiene un filtro mejor de técnica con la gente que finalmente resuelve, que a veces no siempre sucede en el Poder Judicial.

Yo sólo quería hacer este preámbulo porque quería satisfacer una curiosidad, ¿En cuánto tiempo de atención más o menos tienen calculado en la Cámara de Comercio de Arbitraje, sacar los arbitrajes?, porque, por ejemplo, los SNA desincentivan mucho, se demoran un montón, es excesivo la verdad, los SNA de OSCE. Y también quisiera saber cuántos arbitrajes, no sé pues, la estadística, ¿a cuánto ha ido aumentando en, no sé, hace 5 años?, me imagino que cada vez manejan muchos más arbitrajes y, de hecho, Arequipa siento que es una cámara de comercio importante en el país.

Ludovina Villanueva Núñez: A ver, son dos preguntas. La primera, ¿cuál es el tiempo promedio del proceso?, a ver, desde que se instala el tribunal, que creo que es el plazo que, en realidad, nosotros tenemos que considerar, porque hay una etapa previa en donde pueden haber recusaciones, pago de honorarios, de derecho arbitrales, en fin, que no lo tenemos en consideración, sino desde que se instala, yo creo que nosotros manejamos un promedio de 6, 7, 8 meses en promedio.

A ver, nosotros hemos tenido casos, y siempre los voy a poner como ejemplo porque me parece importante, hemos tenido casos que hemos resuelto, porque las partes así lo decidieron en su cláusula arbitral y no quisieron que sea de otra manera, en un mes. Entonces, el tema era encontrar un árbitro que asumiera ese proceso porque tenía que correr, afortunadamente tenemos árbitros que son bastante solventes y aceptaron el reto y,

en menos de un mes, tuvimos laudo, las partes quedaron sumamente satisfechas. Pero, también hay procesos que van a depender, todo depende de las partes, porque van a haber partes conflictivas, nuevamente me refiero a Alonso que hablaba que se judicializaba el sistema, y una de las buenas prácticas que también se tiene que tener en consideración, no solamente es lo que hacen los centros, sino también lo que hacen los abogados o los árbitros, sino también lo que hacen los abogados de parte que judicializan el procedimiento, y eso lo entorpece, lo envenena y terminamos con plazos mucho mayores a los que eventualmente se habían planificado.

Pero, tenemos un promedio, creo, de siete a ocho meses. Eso, por un lado. Sí, nosotros estamos de verdad bastante contentos con la forma en la que se están manejando nuestros procesos.

Sobre el incremento de los procesos, sí, en efecto, nosotros estamos viendo año por año, que el crecimiento es de verdad bastante considerable. Por ejemplo, al día de ayer, que fue la última vez que vi mis cuadros, estábamos, ayer que fue 21 de septiembre, teníamos la cantidad de procesos que teníamos el año pasado a fines de noviembre, por ejemplo, y todos los años el crecimiento es mayor. Pero, no solamente en lo que tiene que ver con contrataciones con el Estado, en sí que es lo que a mí más me satisface, el privado está teniendo confianza en el sistema y estamos hablando de procesos de envergadura de varios millones de dólares. Entonces, eso es sumamente importante y la verdad creo que vamos creciendo.

Alonso quería aportar algo.

Alonso Adrián Sainz: Sí, muchas gracias por tu pregunta, quería entrometerme porque, en realidad, no conozco las estadísticas de la Cámara de Comercio; pero, yo sí quisiera como herrero hablar de las bondades de la madera, es decir, de lo que pasa en la casa del carpintero, como herrero, suponiendo que yo soy un árbitro neto, que no lo soy.

Yo creo que el Poder Judicial no debe recibir la tacha, no debemos renunciar, si queremos ejercer en controversias, a ir al Poder Judicial, si es que el caso lo exige, y no debemos salir con la idea de que en el Poder Judicial todo es una desgracia. Fíjense, yo tengo algunas experiencias arbitrales, perdí un arbitraje con el Estado hace unos meses, yo creo que ese arbitraje, arbitro único, sin pluralidad de instancias, en el Poder Judicial, lo hubiésemos ganado, pero en arbitraje lo perdimos. Es mi percepción, a propósito

de la pregunta de Piero de hace un momento, o sea, no pensemos que el arbitraje es: «Uff, el campeonato mundial», tiene muchas limitaciones.

Claro, aquí Ludovina me va a jalar las orejas, pero yo podría decir varias limitaciones. Primero, es caro, carísimo. Claro, las grandes empresas están felices porque con los volúmenes de ventas que tienen, los honorarios de los centros arbitrales se procesan fácilmente. Pero, la microempresa que tiene, por ejemplo, una controversia de 100,000 soles, tiene que pagar si es que la otra parte no paga, Ludovina acá me podrá corregir, 20,000 soles, probablemente. Entonces, hay una resistencia, yo por ir a buscar 100,000 soles, tengo que pagar 20,000 soles, probablemente; para activar el sistema de administración de justicia arbitral, aparte de mi abogado, aparte de todos los costos adicionales. El arbitraje popular no cala, a pesar de que hay clamor en las normas; pero, no cala, hay un encuentro en el arbitraje popular, quizá con la justicia de paz.

En fin, el arbitraje necesita también algunos ajustes. Conclusión, es bueno en la casa de carpintero hablar de las bondades, el carpintero también tiene muy buenos trabajos y tenemos que apoyar en que no sea tachado en el barro.

Ludovina Villanueva Núñez: Esto es para un versus; pero, yo solamente quiero decir lo siguiente. Uno, no hay forma que por 100,000 soles se paguen 20,000 en una institución arbitral, no creo, probablemente en un arbitraje *ad-hoc*, y ese es el problema, ustedes deben elegir al mejor, si se van a un *ad-hoc*, seguramente les cobran al inicio una cantidad y luego les dicen que hubo mil inconvenientes y les cobran muchísimo más. Casi nunca nosotros hemos incrementado los derechos arbitrales, son los que se fijan al inicio, salvo cuestiones excepcionales, que la pretensión se incrementó, en fin. Y, dos, que en el arbitraje se ganó y se perdió en el Poder Judicial, seguramente porque no se eligió al mejor árbitro, porque yo creo que el derecho, si está bien fundamentado, en una o en otra instancia tiene que ser reconocido y, en todo caso, la gran ventaja del arbitraje es que tú escoges al especialista y al mejor.

Alonso Adrián Sainz: Lo que pasa es que Ludovina está enamorada a ciegas del arbitraje, cosa que no pasa conmigo. Ahora, en relación a los costos, sí acepto la precisión de Ludivina que dice que en la cámara por 100,000 soles no se pagan 20,000; pero, yo cuento un caso en el que teníamos una controversia de 300,000 dólares y tenía convenio arbitral, y lo

primero que hicimos ambas partes fue dejar sin efecto el convenio arbitral porque cualquier acuerdo pasaba por pagar 30,000 dólares. Claro, Ludo-vina sigue insistiendo en que es mejor manejar un Fórmula 1, yo aprecio muchas veces el Datsun 74.

Gracias.

Presentador: Muy bien, agradecemos las intervenciones de los doctores Adrián y Villanueva. Damos por finalizada la Mesa 4.

MESA 5: ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Juan Fernando Mendoza Banda¹

Roberto Benavides Pontex²

Juan Huamaní Chávez³

Presentador: Vamos a dar inicio a la Mesa 5, «Arbitraje en la contratación Pública».

Los expositores que nos acompañan son el doctor Juan Fernando Mendoza Banda, docente universitario y especialista en arbitraje; el doctor Roberto Benavides Pontex, árbitro y docente universitario; y, el doctor Juan Huamaní Chávez, árbitro y exsecretario arbitral de la Cámara de Comercio de Lima.

Dará inicio a las ponencias de esta mesa, el doctor Juan Fernando Mendoza Banda, quien va a exponer el tema «Principales controversias en torno a la resolución y nulidad del contrato, sometidas al arbitraje». Adelante, doctor.

¹ Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, donde obtuvo el grado de Bachiller en Derecho con la tesis «Arbitraje Comercial». Miembro del Colegio de Abogados de Arequipa, doctorando en la Pontificia Universidad Católica de Buenos Aires-Argentina, con estudios de maestría en derecho constitucional, diplomado universitario de post grado en derecho empresarial. Además, es especialista con destacada trayectoria en la asesoría de gobiernos locales y entidades públicas y privadas.

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú; con maestría concluida en derechos humanos, derecho internacional humanitario y resolución de conflictos, en el Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN); especialista en gestión de la contratación pública por la Escuela de Gobierno de la Pontificia Universidad Católica del Perú; y, especialista en arbitraje por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

³ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, socio principal del estudio jurídico Juan Huamaní Chávez Abogados, con estudios concluidos en el doctorado de derecho y ciencias políticas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, máster en Contratación Pública por la Universidad de Castilla-La Mancha de España, con estudios culminados en la maestría de regulaciones por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, excapacitador del OSCE y ha sido secretario arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Juan Fernando Mendoza Banda: Bien, buenas tardes con todos. El tema que vamos a desarrollar tiene que ver con la resolución y la nulidad de los contratos administrativos, pero ya en la sede arbitral; sin embargo, hay que ponernos en contexto respecto a la nulidad y a la resolución de los contratos.

En la práctica, se ven algunos detalles muy interesantes que provocan hacer este comentario. Debemos entender que una de las partes en el proceso arbitral es una entidad pública y, del otro lado, tenemos a un privado, que antes de firmar el contrato han venido de un proceso de selección y, entonces, ahí surge uno de los primeros problemas, cuando la entidad toma la decisión de anular el contrato o de resolverlo. Generalmente, y esto pasa más en lo que es la nulidad, va a ocurrir lo siguiente, la entidad tiene que declarar la nulidad del contrato y la pregunta que se va a hacer es ¿y qué documento voy a utilizar para formalizar, materializar esta nulidad del contrato? Entonces, lo que va a hacer es emitir una resolución, la cual luego va a adjuntar a una carta notarial y la va a notificar. Lo mismo suele ocurrir con el proceso de resolución del contrato.

Entonces, cuando estos documentos que contienen estas dos decisiones de la entidad al contratista, el contratista si no está muy avisado en los procedimientos, de repente va a optar por esta posibilidad, que es, ante una resolución. ¿Cuál va a ser su primera reacción? Va a ser la de quererla impugnar; presentar una apelación. Como sabemos, el plazo de caducidad es de treinta días para objetar la resolución y la nulidad, pero mientras cavila y elabora su recurso, va a invertir ahí por lo menos unos diez días; mientras lo presenta a la entidad; la entidad toma conocimiento; lo resuelve. Tengan por seguro que los treinta días se agotaron.

Y, cuando la entidad resuelve, si es que está avisada también, lo que va a corresponder es declarar su improcedencia porque no es competente, porque la vía correcta era la del arbitraje.

Entonces, ¿ahí qué va a ocurrir? Que el contratista perdió su oportunidad de poder objetar, tanto la nulidad del contrato, como la resolución, de ser el caso, porque se equivocó de vía. Lo que se debe entender aquí es que en el procedimiento de contratación pública hay varias etapas, como ya seguramente ustedes lo habrán escuchado, tenemos una primera etapa que es de los actos preparatorios, el proceso de selección y la ejecución contractual.

En la etapa de actos preparatorios, generalmente, son actos de administración interna que no pueden ser impugnados. Ya en la etapa del proceso de selección, si es un procedimiento administrativo, el otorgamiento de la buena pro —por ejemplo— es un acto administrativo, que muy bien puede ser objetado mediante el recurso de apelación. Así se encuentra regulado en la ley e, inclusive, puede irse al contencioso-administrativo; sin embargo, en la ejecución contractual, ya no es un procedimiento administrativo, es un contrato propiamente, donde hay partes que tienen derechos y obligaciones, y la ley establece claramente que cualquier controversia que surja en esta parte, se va a resolver mediante conciliación y arbitraje.

Entonces, ahí vemos un primer problema que suele ocurrir cuando el contratista, en este caso, pierde el plazo para poder someter a arbitraje la controversia. Se va a encontrar con el problema de que su derecho ya caducó; sin embargo, podría intentarlo, pero ya vamos a saber cuál va a ser la respuesta porque ya el plazo se ha vencido.

Alguna vez me dijeron que podía existir la posibilidad de que, como caducó, podía ir al Poder Judicial; pero, esa es una posibilidad negada, porque por la propia ley, la ley peruana ha querido que esas controversias sean resueltas por una sede de arbitraje y no por el Poder Judicial, por lo tanto, esa posibilidad no podría ser viable.

La ley también ha establecido qué situaciones pueden ser sometidas al Poder Judicial y que no corresponderían al arbitraje. Y, entonces, ahí vamos a encontrar un problema, cuando esta parte quiera presentar su demanda arbitral sobre nulidad o resolución contractual, cuando el plazo ha caducado y caducado por su propia responsabilidad.

Otro tema que puede ocurrir es en el caso de la aplicación del silencio en los contratos, y nuevamente viene la confusión de si aplicar el silencio administrativo a la etapa contractual. Algunas veces se sostiene por ambas partes, entidad o contratista, por ejemplo, ampliación de plazo, cuando la entidad no se pronuncia dentro de los diez días, la consecuencia es, según la ley, que se tiene por aceptada la solicitud de ampliación de plazo. Entonces, ¿qué puede ocurrir en esta situación?, el contratista verifica que se han vencido los 10 días y no hay respuesta de la entidad, y acusa la aplicación, alguna vez lo he visto, dice así, «Por aplicación del silencio administrativo positivo, se tenga por aprobada su solicitud de aplicación de plazo».

Bueno, eso es por parte del contratista; pero, ¿qué contesta la entidad? Alguna vez también lo he visto, ¿qué es lo que hace la entidad ante esa situación? Verificando los hechos, emite una resolución declarando la nulidad de la ampliación de plazo obtenida por silencio administrativo positivo, es decir, toda una confusión, ambas partes desconocen que están en una etapa contractual y que la aplicación del silencio administrativo positivo sólo es en procedimientos administrativos, nada más para eso; pero, ellos fundamentan que, entonces, qué significa que vencido el plazo la administración no se pronuncia. Significa que es aprobado por silencio positivo.

La norma por algo no menciona el silencio positivo, sino simplemente reza que, ante la falta de pronunciamiento de la entidad, el contratista tendrá por aprobado, y recordemos que la Ley de Contrataciones del Estado refiere que, para la aplicación de los contratos, se deben tener en cuenta la Constitución, la Ley de Contrataciones, su reglamento y, sólo de manera supletoria, otras normas y, en este caso, las normas del derecho civil. Y, entonces, este silencio si no es positivo, ¿qué es?, el Código Civil nos lo dice, el Código Civil en el artículo 142, dice que el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado. En este caso de la Ley de Contrataciones del Estado, la ley le está dando un significado, que es por la aprobación, no es silencio positivo, aquí estamos aplicando el Código Civil porque la Ley de Contrataciones hace esa referencia indirectamente, internamente esa disposición de la Ley de Contrataciones, respecto al sentido del silencio de la entidad, la está adoptando del Código Civil, no de las normas administrativas.

Por lo tanto, en un caso como el que les he contado, ¿cómo se tendría que resolver si ambas partes han incurrido en ese error? El contratista invocando el silencio positivo; ahí quizás sea un tanto inocuo; el problema está por parte de la entidad que declara la nulidad administrativamente. Claro, la cereza del pastel sería que el contratista impugne judicialmente esa resolución que declara la nulidad del silencio positivo, ésa sería la cereza del pastel. Bueno, hasta ahí creo que todavía no se ha llegado.

Entonces, cuando estamos ante la resolución o nulidad de un contrato en sede arbitral, debemos tener muy en cuenta que aquí se aplican las normas de la Ley de Contrataciones, su reglamento y el Código Civil, ¿correcto? Por ejemplo, en este caso que les he expuesto e, inclusive, cuan-

do se trata de nulidad, la norma le refiere al árbitro que tiene que declarar la nulidad del contrato, y para eso tendrá que ver las causales de nulidad que están establecidas en la ley e, inclusive, podría invocar las causales de nulidad que están en el Código Civil.

Y, para terminar, ¿qué pasaría si el árbitro o el tribunal arbitral, no siendo invocada por las partes, se encuentra ante esta situación de silencios positivos y nulidades con trámites administrativos?, la pregunta es ¿el árbitro podría de oficio declarar la nulidad? Sólo para promover la conversación luego de que participen mis colegas, sólo para promover la conversación, ¿ahí qué norma vamos a aplicar, la Ley de Contrataciones o el Código Civil?

Muchas gracias.

Presentador: A continuación, tenemos la ponencia del doctor Juan Huamaní Chávez. Adelante, doctor.

Juan Huamaní Chávez: Gracias, buenas tardes.

Antes que nada, agradecer a la Universidad Católica San Pablo de Arequipa y al Círculo de Arbitraje del Estado, por esta gentil invitación. Siempre es grato estar en un evento de arbitraje y más cuando estamos, pues, en una tarea de difusión del arbitraje y, sobre todo, ahora que recientemente acaba de publicarse una norma en donde nuevamente hay algunos vicios de cambio vinculados a la institución arbitral.

El tema que se me pidió tratar es «Arbitraje *ad-hoc* y arbitraje institucional, ¿la corrupción depende del tipo de arbitraje?». Y es que increíblemente éste debe ser el único país en el mundo en el que nos ponemos a discutir esta situación, y es que en cualquier latitud se arbitra, ya sea administrado, ya sea *ad-hoc*, sin ningún inconveniente; sin ningún problema.

Y es que, en realidad, tenemos que ponernos a pensar en si una institución puede llegar a cometer actos de corrupción, o si es la persona quien, a fin de cuentas, comete este tipo de situaciones, y creo que todos vamos a concluir en que es la persona. Entonces, por ende, vamos a terminar concluyendo que, si es que en algún momento nosotros vamos a escuchar de corrupción en el arbitraje, será pues que los malos árbitros, los árbitros denominados «corruptos», son los que hacen ese tipo de situaciones, los que realizan ese tipo de actos. En buena cuenta, ya sea que estén éstos en un arbitraje *ad-hoc* o ya sea que estén éstos en un arbitraje administrado, van a terminar realizando estas malas prácticas arbitrales.

En el Perú se ha llevado a cabo el arbitraje *ad-hoc* y administrado durante larga data sin mayores inconvenientes. Es cierto, en los últimos años hemos tenido una gran preocupación por algunos casos que se han presentado, de los cuales, evidentemente, se puede conversar, y es que esos casos no nacen necesariamente sólo de un escenario administrado, o sólo de un escenario *ad-hoc*. Entonces, no nos confundamos. Así como es positivo el arbitraje administrado, también es positivo el arbitraje *ad-hoc*, y es que los dos pueden convivir sin mayor inconveniente, sucede en cualquier país del mundo, así como sucede en el arbitraje internacional.

La Ley de Contrataciones con el Estado en la actualidad, la norma vigente, exige que el arbitraje sea institucional. Vale, es una posición legislativa, nosotros podemos aceptarla y podemos convivir con ella; pero, si vamos a hacer una regulación de ese tipo, debemos hacerla de la mejor manera, esto es, complementarla de tal manera que no encuentre ningún vacío, ningún defecto, y lo que tenemos en la actualidad sí es un generador de un problema, porque esta norma tiene un vacío tremendo, y es que la norma actual te dice que el arbitraje tiene que ser institucional en todo el sentido de la palabra; pero, bajo instituciones arbitrales acreditadas. Sin embargo, resulta que, al día de hoy, no tenemos ninguna institución arbitral acreditada. Ése es un vacío; ése es un problema.

Hacía mención nuestro querido colega sobre los plazos de caducidad y, claro, el día de hoy se presenta un arbitraje y el contratista no sabe a dónde ir, porque nosotros vemos y no tenemos instituciones arbitrales acreditadas; pero, también sabemos que la norma, la Ley de Contrataciones, exige que el arbitraje sea institucional. Entonces, tenemos ahí un inconveniente severo, porque o podemos ceñirnos a la exigencia tal cual lo establece la norma, a pesar de que tenemos el impedimento de que no tenemos una institución acreditada, o vamos a la aplicación de la ley general, la Ley de Arbitraje, que en ese supuesto nos dice que podemos viabilizar la salida a través de un arbitraje *ad-hoc*.

Pero, lo que es peor, al día de hoy lo que está sucediendo es la creación de nuevas instituciones arbitrales. Y es que, claro, a diferencia de un centro de conciliación en donde existen parámetros, exigencias, mayores requisitos para su creación, en un centro de arbitraje basta que una persona jurídica lo cree, y ya está en condiciones de operar, y no hay nadie que la

fiscalice, porque la norma te dice que la institución arbitral puede ser una persona jurídica con o sin fines de lucro; ése es su único requisito.

Entonces, si el día de mañana esa persona jurídica decide operar, lo puede hacer sin ningún impedimento. ¿Cómo nosotros le decimos a esa persona jurídica que no puede operar? No tenemos esa posibilidad. Y ahí tenemos un serio problema; ahí tenemos un inconveniente.

Eso es lo que, lamentablemente, se ha generado al día de hoy, y es una situación que no tiene respuesta en la actualidad. La única solución inmediata sería que el OSCE, con una rapidez que no ha demostrado hasta el día de hoy, saque el listado o saque la convocatoria para que las instituciones arbitrales puedan acreditarse.

Pero, ahora tenemos una nueva norma, este domingo último ha salido publicado el Decreto Legislativo n.º 1444, en donde sí existe un cambio. Y es que, claro, estamos en el país de las interpretaciones; si nosotros hacemos un cotejo rápidamente, vamos a darnos cuenta de algo. A diferencia de la norma actual que concluía que toda controversia debía solucionarse a través de un arbitraje institucional, esto es, la norma sí decía que toda controversia debía solucionarse a través de un arbitraje administrado, al día de hoy, la nueva norma solamente cierra diciendo que toda controversia debe solucionarse a través de un arbitraje.

¿Qué viabiliza eso?, que podrá solucionarse a través de un arbitraje administrado y a través del otro arbitraje que existe en nuestra normativa, y que existe en cualquier normativa del mundo, que es el arbitraje *ad-hoc*.

Cierto es que también dice —y lo leo— «En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje *ad-hoc*», cierto; pero, en la norma anterior se hablaba de supuestos excepcionales. ¿Por qué? Porque en la norma anterior la obligatoriedad era el arbitraje administrado, el arbitraje institucional. Esa obligatoriedad se acabó, ahora tenemos nuevamente arbitraje administrado y arbitraje *ad-hoc*. Entonces, nosotros sabemos que un reglamento, así como no puede crear derechos adicionales, no puede tampoco restringir aquello que la norma ha establecido; entonces, lo que va a tener que hacer el reglamento en estos noventa días, es establecer probablemente ciertas reglas, parámetros, para llevar adelante la tramitación de un *ad-hoc*; pero, no va a poder hacer lo que sí fue en el presente, establecer mínimos, máximos, para hacer un arbitraje *ad-hoc*. Entonces, estamos ante un escenario distinto.

Pero, vayamos más allá de eso, ¿es positivo el cambio? Yo no lo veo, honestamente, ni positivo ni negativo. Yo quiero pasar esa valla para no quedarnos nuevamente en ese tintero de la discusión de cuál es mejor. Señores, honestamente, ambos arbitrajes pueden ser positivos si son bien llevados, quienes conducen ambos tipos de arbitraje son los árbitros y los árbitros son elegidos por las partes, entonces, ante buenas elecciones, probablemente, tengamos excelentes procesos arbitrales, el tema es saber elegir a los árbitros; el tema es poder tener buenos conductores de los procesos arbitrales.

Nos hemos llenado todos estos últimos meses; y, probablemente, años, con este problema de la corrupción en el arbitraje; pero, la corrupción en el arbitraje no es neta del arbitraje *ad-hoc*. Acá sí, en Arequipa, se produjeron, pues, los famosos casos del Gobierno Regional de Arequipa y el caso Orellana conocido, que terminó con dos árbitros en la cárcel por el tema éste del arbitraje en Arequipa, cierto; pero, también es cierto que los famosos casos Odebrecht se dieron en centros de arbitraje y también es cierto que la mafia Orellana operó en el Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima. Entonces, si nosotros nos ponemos a pensar, todos estos casos que se han descubierto se han dado, ya sea en centros de arbitraje o ya sea en el mercado *ad-hoc*.

Entonces, nuevamente, no se trata del tema de las instituciones, se trata del tema de los actores, de quienes ejercen la función arbitral; y, sobre la base de eso, es que nosotros tenemos que ponernos a pensar y ver las soluciones que le vamos a dar.

Si al día de hoy estamos frente a una norma que va durando, entonces, Ok. Si tenemos o hay quienes tienen ciertos temores frente al arbitraje *ad-hoc*, Ok, propongamos determinadas reglas que, probablemente, nos permitan fiscalizar mejor un procedimiento arbitral porque, vamos, ese árbitro que arbitra un arbitraje administrado, señores, no se vuelve corrupto cuando salta a un arbitraje *ad-hoc* y no se vuelve decente cuando va a arbitrar a un arbitraje administrado, eso tengámoslo claro.

Se pueden establecer reglas, por supuesto, se puede crear el registro de secretarios arbitrales, se puede crear el registro de sedes arbitrales. En realidad, se pueden plantear diversas medidas, se puede publicitar, ya existe la publicidad del acta de instalación, existe la publicidad de laudos arbitrales, se puede hacer mayor énfasis en determinadas situaciones.

Pero, yo dudo mucho de que la solución simplemente sea uniformizar todo en un solo escenario. Nuestro país tiene una normativa especial, la Ley de Contrataciones es *sui generis*, en la Ley de Contrataciones se ha permitido que privados, entiéndase árbitros, resuelvan controversias con el Estado. Esto ha generado que exista en el país una gran cantidad de procesos arbitrales, todas las entidades del Estado, sin excepción, que contratan bajo el régimen de la Ley de Contrataciones, cuando tienen una controversia, tienen que solucionar su controversia a través del arbitraje.

Entonces, pues, tenemos una gran gama de procesos arbitrales y, así como se necesita una gran cantidad de árbitros especialistas en el tema, también se tiene que necesitar una gran cantidad de centros de arbitraje y, ¿por qué no? Una gran cantidad de oficinas que puedan dedicarse al arbitraje *ad-hoc*.

Si el mercado así te lo exige, démosle al mercado la cantidad de escenarios suficientes para ejercer una buena labor, porque uno de los principios rectores del arbitraje es el principio de celeridad, y es un principio que se ha estado perdiendo porque los procesos arbitrales, a diferencia de lo que sucedía hace muchos años atrás, al día de hoy vienen demandando en duración más de año y medio, dos años, entonces, se viene perdiendo la perspectiva, ya no es, pues, aquello cuando se creó, que supuestamente debía resolverse la controversia en el menor tiempo posible.

Había un viejo cliché que ya lo escuché un poco menos que antes, y era que el Estado perdía todos sus procesos arbitrales. Ha habido estudios, Contraloría, Católica y otras tantas instituciones, han presentado estadísticas que demuestran que esa afirmación era absolutamente inexacta, el arbitraje tiene mayores beneficios que elementos negativos y creo que debemos continuar en la búsqueda de elementos que permitan el reflote, en todo el sentido de la palabra, de la institución en su solo concepto, y no dividirla innecesariamente como si fueran dos clases de arbitraje distintas, administrado o *ad-hoc* termina, en el fondo son lo mismo, es el arbitraje, el arbitraje regulado por la Ley de Arbitraje, el arbitraje regulado por la Ley de Contrataciones, el arbitraje en donde participen profesionales abogados y dedicados en este campo años de años, en base a práctica, en base a exigencia, en base a experticia.

Evidentemente, se requiere mayor participación, yo saludo la presencia de todos ustedes y la presencia de tantas personas en tantos eventos que

se hacen a nivel nacional de manera continua, porque esto da para más, esto tendría que dar para más. Nosotros acá entre los ponentes tenemos a profesionales, por ejemplo, del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, entre cuya carga de trabajo debe haber 800, 1,000 procesos arbitrales en trámite, sólo una entidad del Estado; entonces, imaginemos la cantidad y cuántos profesionales deberíamos tener en ejercicio en estos momentos.

Ante la respuesta y ya terminando, ¿la corrupción depende del tipo de arbitraje?, pues es un rotundo no, un completo y rotundo no, en absoluto, para nada. Hay, señores, profesionales de élite, decentes, que hace años atrás, lo siguen haciendo y probablemente seguirán haciendo, arbitraje *ad-hoc*, sin ningún inconveniente. La norma en contratación pública está dando probablemente una nueva oportunidad, una nueva chance, para tratar de regular en mejores términos y, si se quiere, con mayores exigencias, el arbitraje *ad-hoc*. Veremos cómo viene el reglamento, espero no haya mayores sorpresas y solamente una feliz regulación que nos permita a todos seguir trabajando en beneficio de una institución, que yo estoy seguro que va a seguir dando mayores alegrías, mayores beneficios y mayores beneplácitos.

Muchas gracias.

Presentador: A continuación, tenemos la intervención del doctor Roberto Benavides, quien nos acompañará con la ponencia «El deber de revelación y la ética en el arbitraje en contratación pública». Adelante, doctor.

Roberto Benavides Pontex: En realidad, al momento de hacer la ponencia, he tratado de ver, porque tuve la oportunidad de hacer una consultoría para el OSCE, cuántos laudos hay. Es un tema importante, en los laudos hay bastante información; es más, en una de las exposiciones anteriores se hablaba del registro de árbitros, no sé quién hizo una pregunta, justo está acá presente la doctora Fabiola, ella estaba iniciando todo ese tema de poder canalizar la información en este registro y que, en verdad, ha quedado desactualizada. Si ustedes entran, no hay nada en realidad, lo que sí pueden encontrar es el registro de laudos que se están publicando, es más, hay algunos laudos que no se publican porque están publicados directamente en el OSCE y no en esta página de la Dirección de Arbitraje del OSCE.

Entonces, yo me tomé la molestia de ver algunos laudos, estadística básicamente. En el año 2016, se publicaron 716 laudos, por ejemplo. En el OSCE hacen una distinción entre laudos internos y laudos externos.

Con internos se refieren a los laudos de los arbitrajes en los que ellos mismos han participado como secretarías SNA; y, los externos, vienen a ser tanto los arbitrajes *ad-hoc*, como los de cámaras, por ejemplo, la Cámara de Comercio de Arequipa, que envía los laudos, la Cámara de Comercio de Lima que envía los laudos o la Cámara de la Universidad Católica, que envía los laudos.

Entonces, en el Estado, estamos hablando de un tema de contrataciones con el Estado, valga la redundancia, hay bastantes programas. Justo el doctor Huamaní hizo mención al Ministerio de Transportes y, efectivamente, los ministerios tienen programas ejecutores que tienen bastantes laudos, por ejemplo, Provías, MTC, que en el año 2016, por ejemplo, se han publicado veinticuatro laudos de Provías Nacional y catorce laudos de Provías Descentralizado. Pero, no sólo Provias tiene este tipo de laudos en cantidad, sino también ejecutores como Pronied del Ministerio de Educación, PSI de Agricultura, también tenemos, pues, otros laudos de los programas del Ministerio de Vivienda, y hay bastante información importantísima en esos laudos.

En el año 2017, hasta el año pasado, se publicaron 477 laudos, se redujo un poco la cantidad de laudos publicados, 460 externos, que es un tema interesante; y, diecisiete internos, SNA OSCE. Si se dan cuenta, digamos, ha habido una menor publicación de laudos entre el 2016 y el 2017. Y Provías, justo tomándola como muestra, ha tenido treinta y ocho laudos en total, yo sé que son dos programas distintos, está Provías Nacional con treinta y cuatro y Provías Descentralizado con cuatro.

¿A qué me refiero con este tema y por qué toco el tema de los laudos? Porque en los laudos hay información importante, información muy importante que los centros de arbitraje y árbitros deberían conocer. Lo más importante es quiénes han sido los árbitros, quienes los han designado, eso es importantísimo saberlo. ¿Por qué? Porque a veces hay reiteraciones, reiteraciones que no son buenas, ha habido entidades que han designado más de cuarenta o cincuenta veces a una misma persona, cosa que debería tratar de evitarse por un tema de independencia e imparcialidad.

Entonces, yendo al tema, los árbitros deben demostrar una elevada capacidad de acción, es decir, en verdad también conocer el tema básicamente. Por ejemplo, a mí, en la Católica nunca enseñaron Contrataciones con el Estado, no sé si ahora lo enseñen en la Facultad en pregrado, entonces,

uno tiene que aprender con la experiencia y ya en la cancha va aprendiendo todo el tema de Contrataciones con el Estado, particularmente se dice, conocimiento del asunto.

Hay muchas deficiencias en cuanto al conocimiento de los árbitros, sobre todo en un tema tan, digamos, no quiero tocar carne acá, pero es el tema de obras. El tema de obras, en la universidad no sabíamos ni siquiera qué es una cuneta, qué es una viga. Poco a poco vas aprendiendo los temas en la cancha, las ampliaciones de plazo, todos estos temas vinculados a las obras. Además, hay que darle dedicación; celeridad, como comentó también el doctor Huamaní; y, se debe ser imparcial. De esta manera el arbitraje se consolidará como alternativa a la jurisdicción.

Entonces, aquí viene el tema, la independencia y la imparcialidad. La independencia y la imparcialidad, básicamente muchos las confundimos usándolas como sinónimos; sin embargo, en el arbitraje, la independencia se considera como un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes; y, el de imparcialidad, apunta más al de una actitud o a un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se plantea. Es decir, el árbitro, en realidad cuando uno arbitra, tiene que contar con los dos, con la independencia y con la imparcialidad, para poder llevar a cabo el proceso arbitral. El árbitro debe ser independiente e imparcial, también las partes deben tener la oportunidad de valorar cualidades, si dichas cualidades efectivamente concurren en el árbitro; por eso viene el tema del deber de revelación. Es decir, debemos ser imparciales e independientes a lo largo de todo el proceso, desde la instalación hasta el final, y debemos revelar, para mí, prácticamente la mayor cantidad de cosas que se podrían dar.

Voy a continuar con algunos temas, no sólo creo que los árbitros deben revelar, sino que deberían pedir a los abogados que revelen ciertas cosas. Un hecho anecdotico me ocurrió una vez, un caso que se archivó, que me pareció muy interesante la defensa de una entidad, muy, muy interesante, muy buena defensa, el caso se archivó y, al final, resulta que me enteré después de que el abogado de esta entidad era hijo del alcalde, tenía impedimento, por ejemplo. Entonces, el abogado debería revelar también varias cosas, debería el árbitro pedir estos temas.

Es necesario que el árbitro revele a las partes cualquier circunstancia que pueda dar lugar a duda justificada sobre su imparcialidad e indepen-

dencia. Siempre las partes piden, y lo ideal es dar información. A veces, bueno, se exceden también en lo que piden; pero, básicamente la tendencia debe ser a poder dar la información necesaria, por eso tenemos muy en claro, sobre todo en contrataciones con el Estado, el deber de revelación que es un tema importante y delicado en la función arbitral, porque se debe respetar la voluntad de quienes acuden al arbitraje y se debe proteger el laudo, o sea, se debe revelar dicha situación.

Ahora, ¿por qué venía al tema de los laudos anteriormente?, porque ahí hay información, qué árbitros han sido designados, por qué parte, quiénes han conformado tribunales, que lamentablemente no está sistematizada en el OSCE, digamos, no hay un tema que puedas ver con cuánta frecuencia se han estado formando estos tribunales, cuál es la estadística de la entidad designando a las personas, debería sistematizarse la información que sí está. Es decir, el tema de la información cuesta, entonces, van a tener que sumergirse para poder ver toda esta información.

Para evitar las dudas justificadas, el árbitro debe revelar lo que directamente influye, además de lo que dude si debe revelar. En la CCI se dice «En caso de duda, usted debe optar por la revelación». Si yo dudo si debo revelar o no debo revelar algo, se debe optar por la revelación. ¿Cuál debe ser el contenido y el alcance del deber de revelación?

Ésa es una gran pregunta, cuya respuesta debemos saber los árbitros, en cada caso en particular; y, sobre todo, tenemos que tener en consideración que en el arbitraje en contratación con el Estado hay un tema importante, que todas las instalaciones se registran en el Seace.

Desde que se instala, la entidad tiene la obligación de registrar en el Seace los miembros del tribunal, los secretarios que, justamente, comentaron hace un rato. Es importante saber quiénes son los secretarios, también sería para mí muy importante saber eso.

Ahora, hay unas directrices de la IBA que siempre se conocen y rondan en el arbitraje: las listas de colores.

La lista roja no renunciable, en la que se consideran las circunstancias que incapacitan a una persona para actuar como árbitro, aunque sean reveladas por las partes, es decir, básicamente, uno no puede ser juez y parte al mismo tiempo.

La lista roja renunciable que representa, a pesar de que tú lo dices, las partes conscientes de la situación, expresamente concuerdan que una per-

sona siga como árbitro. La lista naranja, circunstancias que el árbitro debe revelar a las partes y que éstas, al conocerlas, pueden aceptar por simple silencio u omisión de la objeción, porque cuando uno revela hay un plazo para que las partes digan si están conformes o no con dicha revelación y si dicha revelación puede incidir en un tema de vulnerar la imparcialidad e independencia que tienen los árbitros con algunas de las partes. Y, la lista verde, que es circunstancias en las que no es necesario que el árbitro revele dicha información. Eso tenemos que tenerlo claro, estas listas, si vamos a estas listas, se van a dar cuenta de que hay varios casos que están ahí y uno puede usarlas como material al momento de tener que revelar.

Entonces, hay un tema importante que se maneja en la doctrina, en inglés el *party-appointed arbitrators*, es decir, la independencia e imparcialidad del árbitro que es designado por una de las partes básicamente. Se quiere, en general, que en un tribunal formado por tres árbitros, los tres tengan independencia e imparcialidad.

Y, ¿qué pasa cuando las partes eligen a sus árbitros?, ¿cabe admitir alguna diferencia entre la conducta del presidente arbitral y la de sus dos coárbitros, sin dejar de exigir a todos ellos aquellos requisitos? Bueno, en la teoría hay, digamos, discusión al respecto con relación a la independencia e imparcialidad que pueden tener los árbitros designados por las partes. En realidad, yo creo que la valla es distinta para el presidente que, para los árbitros designados por las partes, siendo lo ideal que la valla sea para los tres, la misma; pero, en este caso, básicamente, hay un tema distinto que podría tomarse en consideración.

Ahora, viene el tema del árbitro hincha, básicamente se dice el árbitro que parece abogado en un tribunal, situación que no es conveniente. En los tribunales se percibe y se percata de ello cuando sabes que uno de los coárbitros está siempre en favor de una de las partes, parece más un abogado que realmente un árbitro. Ahí básicamente está vulnerando todo el tema de la independencia e imparcialidad que se debe requerir en los tribunales arbitrales.

Ahora, voy a tocar un tema que justo han estado tocando, el tema del institucional y del *ad-hoc*, con la exposición de motivos que ha salido de la Ley n.º 1444, con el retorno del *ad-hoc*, básicamente. La exposición de motivos es interesante porque desarrolla básicamente por qué se retira la

excepcionalidad del arbitraje *ad-hoc*, y para volver, esperemos el reglamento, a ponerlo en consideración.

El OSCE hizo una investigación y en la norma aparece una relación de cuántos de arbitrajes, porque justo había una directiva que establece ciertos requisitos para que las instituciones puedan ser acreditadas por el OSCE para poder llevar a cabo los arbitrajes en contrataciones con el Estado, y estas instituciones básicamente, cuando el OSCE hace esta investigación y la pública, la exposición de motivos dice que sólo cuatro instituciones en todo el Perú, cuatro instituciones, podrían llegar a cumplir con estos requisitos.

Dichas instituciones son el Centro de Análisis de la Universidad Católica en Lima, el Centro de la Cámara de Comercio de Lima, y felicito a la doctora Ludovina porque también el centro de la Cámara de Arequipa estaría cumpliendo los requisitos para poder ser acreditado y, en el norte, Piura. Pero, ¿los demás?, no hay centros de arbitraje, no hay competencia.

En realidad, cuando se hizo la norma, lo ideal hubiera sido que sea una transición progresiva, desde mi punto de vista debió haber sido progresivo, debió generarse capacitaciones. Es más, ahora con el tema de los certificados de los árbitros, que también tienen que capacitarse, ahora que también hay una obligación en la exposición de motivos con que todos estemos registrados en el Registro Nacional de Árbitros, a mí me parece importante porque genera información, y la información es lo mejor que podemos tener para tomar decisiones.

Si queremos tomar decisiones, debemos saber quiénes son nuestros árbitros, cómo han laudado, básicamente qué decisiones han tomado, y eso es importante. Sólo el laudo, en realidad, según la ley, es público, para mí particularmente por este tema, debería ser público más que el laudo.

Hay otros problemas. Ha habido no sólo estos problemas con las instituciones, sino también ¿quiénes son los que hacen los famosos convenios arbitrales? No son las procuradurías o las entidades.

¿Quiénes son? Los logísticos si mal no recuerdo. Y los logísticos, pues, deberían ser certificados. Sí, efectivamente, ¿cuántos han sido certificados? Casi ninguno. ¿Por qué? Porque todos jalan, cambia la norma también a cada rato, pero todos jalan.

Gran problema; y, entonces, hacen unas cláusulas que son, valgan verdades, son una desgracia, y generan más problemas que soluciones. En-

tonces, son varias cosas que en el tema de recursos humanos tendrían que entrar a tallar desde esa perspectiva.

Y acá también, en el tema de las instituciones, tratar de ver una política pública para ayudar a las instituciones para que puedan ser acreditadas, puedan tener ciertos estándares y generar también información, que es importante en el mercado, para que se puedan llevar a cabo estos arbitrajes.

Ahora, el tema del código de ética; ésta es la última parte, ya para terminar. Las reformas necesarias de un código de ética, es más, para la 30225 —imagínense, cuántas normas que uno va pensando, 1017, 30225. La 30225 modificada con la 1341; y, ahora, la Ley n.º 30225 modificada con la 1444, que todavía va a entrar en vigencia el otro año— se creó, pues, una Comisión en la parte de arbitraje que iba a ver todo este tema.

Un Consejo de Ética formado por un representante del OSCE, del Ministerio de Justicia y del MEF, si mal no recuerdo.

Hasta donde tengo conocimiento, esa Comisión nunca se instaló, y hay un tema importante. Podemos tener un excelente código de ética, puede ser la norma así; pero, ¿cómo se hace el *enforcement* de una norma?; ¿cómo se ha sancionado?

Hasta donde yo conozco, sólo ha habido una resolución en el tribunal, —no sé si habrán más, me corregirán— sancionando árbitros. Yo sé de una, y el Tribunal de Contrataciones con el Estado puede sancionar árbitros.

Yo recuerdo una nada más. Pero, más allá de eso, no ha habido un mayor esfuerzo en perseguir, digamos, a los árbitros que incurran en vulnerar este código, porque podemos tener un excelente código; pero, si no hay una capacidad de poder vigilar esto, no serviría de mucho tener un gran código. Deberíamos velar por eso.

Entonces, estoy terminando con esta exposición.

Muchas gracias. Les agradezco nuevamente a todos por estar acá.

Presentador: Agradecemos la intervención de los ponentes y, a continuación, vamos a abrir una ronda de preguntas de siete minutos, así que, nuevamente, las personas que deseen intervenir, levanten la mano por favor.

La ronda de preguntas también es abierta entre los ponentes si ellos desean intervenir.

Primera pregunta del público: Buenas noches. Ante todo, felicitar a los tres ponentes, sin duda, excelentes ponentes, el doctor Juan Huamaní, excelente exposición; al doctor Roberto Benavides y al doctor Mendoza, felicitaciones a los tres.

Mi pregunta es para el doctor Benavides. Cuando hablamos del deber de revelación de los árbitros, también nos damos cuenta de que esto podría, en algún momento, colisionar con el deber de confidencialidad que tienen los árbitros.

Entonces, ¿hasta qué parte debería revelar un árbitro para no colisionar con el deber de confidencialidad?

Eso, por un lado; y, como segunda pregunta, a criterio suyo, ¿qué deberían hacer los centros de arbitraje. Estamos ante un arbitraje institucional, para poder evitar aquellas recusaciones, por ejemplo, producto de una revelación de un árbitro, que carezcan de objetividad, con la finalidad únicamente de dilatar el proceso arbitral?

Gracias.

Roberto Benavides Pontex: Buena pregunta, y justo en la mesa anterior con la doctora Ludovina, se estaba hablando del arbitraje comercial, entonces, hay que saber diferenciar entre el arbitraje comercial y el arbitraje en contratación pública. En el arbitraje en contratación pública, tenemos el interés público que se mencionó, y la obligatoriedad de publicar, aunque sea los laudos, entonces, acá el tema de confidencialidad, digamos, según lo que tengo entendido, sólo se publica el laudo según la Ley de Arbitraje. Básicamente, acá tenemos más información, y acá el deber de revelación tiene para mí una valla mayor que en el Arbitraje Comercial, porque hay más información en el mercado con respecto a ello. Es más, también con el deber de revelación, con el doctor Mendoza estábamos conversando hace un rato, y me comentaba que hay bastante en Arequipa, por ejemplo, conexión entre los abogados de acá y, digamos, han tenido bastante vinculación, y es un tema importante el tema de la revelación.

Ahora, en el tema de la revelación, es importante en qué momento haces la revelación, ¿en el momento en que una de las partes te hizo una recusación?, porque la pregunta era también con el tema de la recusación. Hay recusaciones que son temerarias, es verdad, me ha pasado, hay recusaciones que no tienen ni pies ni cabeza, ya depende de las instituciones arbitrales ver cómo manejan esa situación, las cortes o el consejo, si es que

van a poner algo para poder evitar estas contingencias que se dan porque, en realidad, el tema de las cortes, ellos tienen sus propios criterios para resolver estos temas. Es más, justo en el congreso de la Católica, la semana pasada, había un tema también importante que se tocó y me pareció relevante, ¿qué sucede si durante el proceso arbitral cambia de abogado una de las partes con el solo hecho de generar conflicto entre el árbitro y el abogado?, es decir, es un tema importante, interesante. Recuerdo que el doctor Caivano dijo que se debería obligar a que el abogado que está ahí continúe, porque a veces se generan estas situaciones para tratar de dilatar o perjudicar el arbitraje, cosa que no debe darse, y las cortes y los consejos en cada caso en particular deberían tener que dar respuesta al respecto.

Presentador: Bien, agradecemos la participación de todos ustedes y les pedimos que nos acompañen y vamos a dar inicio a la Mesa 6.

MESA 6: «ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL»

Julio Martín Wong Abad¹
Marco Silva Santisteban Valdivia²

Presentador: Bien, vamos a dar inicio a la Mesa 6, «Anulación de laudo arbitral». Nos acompañan el doctor Julio Martín Wong Abad y el doctor Marco Silva Santisteban.

Dará inicio a las ponencias de la mesa, el doctor Julio Martín Wong Abad, con el tema «Anulación de laudo arbitral: Rompiendo paradigmas». El doctor Wong Abad es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y se desempeña como docente de reconocidas universidades del Perú; además, es juez superior de la Corte de Justicia de Lima. Adelante, doctor.

Julio Martín Wong Abad: Buenas tardes. Sean mis primeras palabras para agradecer a la Universidad Católica San Pablo y al Círculo de Estudios en Arbitraje y Contratación Pública. La verdad, estoy muy honrado, es un privilegio estar aquí y dirigirme a ustedes.

Yo tenía dos temas sobre nulidad de laudo, y he cambiado sobre la marcha, voy a tratar el tema de motivación del arbitraje en contratación pública, porque tenía pensado inicialmente trabajar el tema de anulación de laudo por corrupción, que es un tema lamentablemente tan problemático en estos días.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y docente de reconocidas universidades del Perú. Actualmente, se desempeña como juez superior de la Corte de Justicia de Lima.

² 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.

Voy a trabajar motivación de laudo, porque me parece que, a partir del tema de motivación de laudo, puedo —de repente— presentar algunas ideas para el público, que me parece mayoritariamente estudiantil.

Entonces, tal vez las exposiciones que ha habido antes sean muy profundas, muy técnicas y, de repente con la mía, podemos regresar a algunos temas básicos y a partir de ahí llegar a los temas que quiero proponerles.

No quiero tampoco empezar mi intervención sin mencionarles lo avergonzados que estamos en el Poder Judicial por todo lo que está pasando; pero, al mismo tiempo, lo esperanzados que estamos porque esta crisis puede desencadenar un cambio que ojalá sea real y que pueda conducirnos a un mejor Poder Judicial. Creo que el problema de la corrupción es un problema nacional, que ataca tanto al tema del arbitraje como al tema judicial o, incluso, al tema empresarial. Entonces, no es un tema de consolarnos, pero sí es un tema de enfrentarnos como sociedad y combatirlo donde encontraremos la corrupción.

Comienzo, entonces. De acuerdo, comienzo con el tema de motivación del arbitraje de contratación pública o del laudo, para ser más propios, de contratación pública. Y, para poder llegar a ese tema, necesito regresar al arbitraje, al arbitraje que es el arbitraje privado, porque el arbitraje lo extendemos, lo llevamos a la contratación pública; pero, el ámbito natural del arbitraje, son las relaciones privadas.

Y, ¿por qué? ¿Cuál es el fundamento del arbitraje? ¿Cuál es el fundamento básico del arbitraje? Si ustedes ven que tengo mis anteojos, y que los tiro al piso y luego de tirarlos al piso, salto sobre ellos, ustedes podrán quejarse de mi mala educación, de repente de mi carácter irascible, pero no van a poder hacer absolutamente nada respecto del bien que es de mi propiedad. ¿Por qué? Porque es mío, y se nos ha enseñado que sobre lo que es nuestro, podemos hacer lo que queremos.

Ése es el fundamento del arbitraje, la libertad sobre las cosas que son de nuestra propiedad, y es por eso que el fundamento constitucional del arbitraje, está fundado en la autonomía privada, y ¿cuál es el límite de la autonomía privada? El poder de disposición, es decir, libertad más propiedad.

Si quiero regalar mis anteojos, es mi problema. Si quiero destruirlos, es mi problema. Si quiero que una controversia sobre estos anteojos sea sacada del Poder Judicial y llevada a arbitraje, ¿a quién debería preocu-

parle eso?, a nadie más que a mí. Incluso, tan es esto cierto que se habla del carácter transaccional del arbitraje, y si ustedes van al Código Civil, específicamente al artículo 1311, nos dice lo siguiente —este artículo está en «Transacción»—: «Cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas de este título».

¿Qué produce la transacción?, cosa juzgada, imagínense, cosa juzgada que nace del vuelo de una moneda, tal vez, o del resultado de un partido de fútbol, y ¿qué sucede una vez que cae cara o cae sello?, se transfiere propiedad, se transfieren derechos. ¿Por qué? Porque son nuestros, y nosotros si los podemos someter, imagínense, a la suerte. ¿Por qué no y con mayor razón, no podemos someterlos a personas en las cuales confiamos?

Ése es el fundamento del arbitraje privado, propiedad que pongo en riesgo; pero, en manos de gente en la cual confío. Esto que les digo, es un mito, ¿de acuerdo? Entiéndanlo bien, es un mito porque así nace. Ésta es la historia que nos cuentan. El mundo real es mucho más complicado, pero esto es la sustancia, esto es, si quieren, la quinta esencia de un razonamiento de arbitraje privado.

Desde este punto de vista, ¿qué cosa es el arbitraje? ¿Un contrato? Yo, incluso, podría decirles que el convenio arbitral a mí no me parece un contrato; pero, vamos a asumir que sea un contrato. Pero, si hay contrato entre las partes y los árbitros, definitivamente hay contrato, y el laudo mismo tiene carácter contractual. ¿Por qué? Miren lo que decía un jurista americano en 1927: «¿Qué son los árbitros? Cuando yo busco árbitros, ¿qué busco? Busco representantes de las partes. ¿Qué me dan? ¿Me dan una sentencia?

No, para sentencias voy al Poder Judicial. Lo que me dan los árbitros son contratos; los intereses que están en conflicto los componen, y ¿qué me dan? Un contrato».

Incluso, una posición que niegue este carácter contractual, ve la función del árbitro más judicial que fiduciaria. O sea, los procesalistas, los que quisieran procesalizar el arbitraje, lo que dirían es «No, el árbitro no es un representante: el árbitro es un juez»; pero, en buena cuenta, a pesar de que el arbitraje se ha procesalizado por necesidades de su desarrollo, la base misma del arbitraje, es este carácter contractual.

Regreso un segundo al tema del convenio. ¿Por qué yo considero que el convenio no es un contrato? Porque si ustedes definen el contrato como

aquel acuerdo de voluntades que tiene como fin modificar, crear, modificar o extinguir una relación jurídico-patrimonial.

Desde mi punto de vista, el convenio no tiene como fin eso, el convenio arbitral lo que tiene como fin, es trasladar función política, quitar función política al Poder Judicial, quitarle el poder de juzgar una causa y transferírsela a privados.

Para efectos prácticos es lo mismo, ¿de acuerdo?; pero, sí hay un matiz que me parece importante, interesante de precisar, éste es, entonces, el carácter contractual del arbitraje.

¿Qué consecuencias tiene que el arbitraje se funde en la libertad? ¿Que el arbitraje nos otorgue o los árbitros nos den un contrato, en vez de, simplemente, una decisión judicial?

Que el laudo sea un contrato, me dice, como consecuencia natural, que solamente puede ser controlado como se controla un contrato; y, además, la siguiente consecuencia es, ¿por qué yo tendría que motivar un contrato? ¿Cuándo ustedes han visto que se celebra un contrato de compraventa y al costado las partes pongan las razones por las cuales están celebrando el contrato de compraventa?

Por consiguiente, la motivación no es necesaria para la emisión de un laudo, por el contrario, es algo que nuestra ley le está poniendo en forma adicional.

Las leyes iniciales no contemplaban motivaciones para los laudos, justamente por el carácter contractual de éstos y ¿por qué? Porque la motivación y todo lo que nos han enseñado sobre motivación, ¿para qué sirve? Sirve para que el juez se legitime frente a la sociedad, para que el juez demuestre que está utilizando debidamente las reglas del derecho que, finalmente, son las reglas del legislador democrático, y se legitima frente al resto de la sociedad, diciendo: «Yo estoy aplicando adecuadamente esas reglas»; pero, ¿un árbitro cómo se legitima ante las partes? Por la confianza que éstas le han otorgado; ésa es su legitimidad, teórica, ¿de acuerdo?, teórica. Esto es, si quieren, el hueso duro; el esqueleto del arbitraje.

Siempre me gusta poner el mismo ejemplo, para efectos de que, a veces, se comprenda la diferencia entre un arbitraje o lo que nos otorga un laudo y lo que nos otorga una sentencia judicial.

Imagínense el siguiente conflicto, seguramente, lo han escuchado en una clase de negociación. Supongan que el doctor y yo estamos discutiendo-

do sobre la propiedad de un cargamento de naranjas, la doctora nos ha vendido a ambos un cargamento de naranjas. Si nosotros vamos al Poder Judicial y planteamos nuestras pretensiones, ¿qué esperamos del Poder Judicial?, ¿qué esperamos del juez? Que traiga el Código Civil; abra «compraventa», «derechos reales», «transferencia de propiedad», y que termine, de repente, después de seis u ocho meses, en primera instancia no más, con una solución, es decir, que aplique la ley.

Miren lo distinta que puede ser la respuesta de un árbitro. Un árbitro puede preguntarle al doctor, ¿para qué quieres las naranjas?, y el doctor podría decirle: «Yo quiero las naranjas porque necesito la cáscara, yo fabrico mermelada con esa cáscara». Y me pregunta: «¿Tú para qué quieres esas naranjas?». Yo le diré: «Quiero el zumo, yo produzco Frugos o bebidas de ese tipo», y el árbitro dirá «Perfecto, exprime tus naranjas y las cáscaras se las entregas al doctor». Solucionado el tema y cobra sus honorarios con muy buena conciencia.

¿Ven la diferencia? ¿Ven la absoluta y completa diferencia entre lo que debo esperar de un árbitro y lo que debo esperar de un juez, en arbitraje privado? Incluso, el error de derecho que, como ustedes saben, no es controlable por los jueces, el árbitro se puede equivocar en derecho y los jueces no podemos hacer nada al respecto; es funcional a esto.

Por eso es que no se puede revisar el juicio de derecho. ¿Por qué? Porque los árbitros pueden estar dando la respuesta adecuada aplicando mal la norma. El problema de los árbitros no es aplicar bien la ley —miren lo que estoy diciendo ¿ah? Y me parece que eso, a veces, se deja de lado en el arbitraje—.

El problema del arbitraje no es aplicar bien la ley, el problema del arbitraje es satisfacer los intereses de las partes. Ésa es la tarea fundamental del árbitro privado.

Desde este punto de vista, ¿cuándo puedo anular un laudo privado o de arbitraje privado? Por dos grandes razones. Primero, cuando se traiciona la autonomía privada, cuando hay, por ejemplo, una causa de nulidad del convenio arbitral. Evidentemente, en ese caso, igual que en cualquier otro contrato, cae el convenio. ¿Por qué? Porque no hay consentimiento válido.

Además, también podemos anular un laudo cuando este laudo excede el orden público. Habrá gente que me dirá: «Sí, pero es que la causal de orden público no está en la Ley de Arbitraje, en el 6311 no está el orden

público», no importa que no esté pues, eso es simplemente primer curso de derecho, lo primero que nos enseñan es el Título Preliminar. Nada, absolutamente nada en un sistema, puede ser contrario al orden público. Ahora, ¿cómo definimos al orden público?, ese es otro problema, la clásica definición es principios fundamentales sobre los que descansa el andamiaje jurídico social de un pueblo o de una sociedad, existe y es límite.

Pero, el arbitraje no es solamente contrato, no es solamente convenio, también es proceso, inevitablemente es proceso. En nuestro sistema, inevitablemente es proceso porque está sujeto a contradictorio, a igualdad de armas, a respeto mínimo del derecho de defensa y, por consiguiente, hay causales también por ese motivo ¿Cuándo se puede anular un laudo?, cuando se quiebran principios básicos del procedimiento y, además, el procedimiento en el arbitraje puede ser pactado y, si rompemos una de las reglas que hemos pactado, será causal de nulidad; y, cuando rompemos alguno de los elementos básicos del debido proceso, del debido proceso arbitral, que es distinto al debido proceso judicial, entonces, el laudo deberá caer por nulo.

¿Qué podemos controlar, entonces, a nivel de motivación en el arbitraje privado, en el laudo de arbitraje privado? Realmente es muy poco, porque recuerden ustedes, y si no recuerdan, lean por favor el 62.1 y el 62.2, no hay control de la motivación, ¿no es cierto?, incluso prohíbe la calificación de la motivación y demás. La norma es defectuosa porque, si yo leo esa norma tal y como está escrita, sería imposible cualquier labor de revisión del laudo, ninguna causal podría servir para anular un laudo, ni siquiera la de nulidad de laudo. No tengo la norma aquí, la hubiera traído aquí; pero, más o menos dice el 62: «Está prohibido a los jueces pronunciarse sobre el fondo de la controversia y además calificar de cualquier modo las motivaciones o razonamientos del tribunal arbitral». Bueno, supongan que yo les falsifico la firma y falsifico el contrato y, obviamente, dentro de su contrato, falsifico también el convenio arbitral, y los llevo a un arbitraje. Ustedes tienen que ir a arbitraje, ¿por qué? Porque el arbitraje es inevitable. Si yo los cito a arbitraje, ustedes tendrán que ir a negar que firmaron la cláusula arbitral; pero, ¿en dónde lo van a negar?, en el proceso arbitral, ahí tendrán que decir «Mi firma en ese convenio es falsa».

Y, supongamos que el árbitro, que seguramente es un muy buen amigo mío, me da la razón y dice «No, sí es tu firma», ¿cómo van a defenderse

luego en el proceso de nulidad?, diciendo, «No, no es mi firma» y presentando seguramente un peritaje. Imagínense lo que llega a manos del juez, ¿qué cosa va a decir el juez?, si la firma que está en el convenio es verdadera o falsa. ¿Qué cosa es eso?, ¿fondo de la controversia o no es fondo de la controversia? Definitivamente, no es el fondo de la controversia en el sentido de si es o no la pretensión de pago. Por ejemplo, fundada o infundada; pero, definitivamente es una decisión de fondo, ¿respecto de qué?, de la validez o no del convenio arbitral. Además, tampoco es una decisión procesal, aunque tenga consecuencias procesales, porque definir si un convenio o un contrato es nulo o no, yo no veo cómo eso sea procesal, eso me parece a mí definitivamente sustantivo.

Pero, bueno, éhos son temas y errores y limitaciones de nuestra ley; por consiguiente, el 62.2 no funciona cada vez que haya una causal de nulidad, eso hay que reclamárselo a los que hicieron la ley. Pero, eso no es motivo para que no podamos hablar de control de la motivación.

Pero, ¿qué podemos finalmente controlar en un laudo de arbitraje privado? Primero, que exista motivación, que el árbitro exprese argumentos; segundo, que no incurra en una contradicción interna que impida conocer la razón de la decisión, no vale cualquier contradicción, las contradicciones pequeñas son parte del partido, tiene que ser una contradicción tan gruesa que no permita comprender qué quiso decir el árbitro; tercera causal, en mi opinión, de nulidad de un laudo de arbitraje privado por razón de motivación, que no exista argumentos, que simplemente haya, por ejemplo, descripción, parte expositiva y, al final, decisión. Ahí hay simulacro, ¿han visto ustedes cuando los jueces a veces decimos, «Vista la prueba actuada y después una cuidadosa y exhaustiva revisión hemos llegado a la conclusión de que la demanda debe ser declarada fundada»? Sí, ¿no es cierto?, por ahí hay algunos colegas que lo hacen. En ese caso, hay un discurso que, incluso, ¿está titulado como qué?, «Fundamentos», ¿eso hace que ese discurso realmente contenga argumentos?, no. Por consiguiente, que un árbitro titule una parte del laudo como «Fundamentos» o como «Motivación», no significa que eso realmente sea motivación, requiere de todas maneras un examen.

Y, todas estas causales, que se podrían llamar en teoría de argumentación como de justificación interna, ¿en qué descansan? En mi opinión, en el respeto de la voluntad de las partes, ¿por qué?, porque las partes quisie-

ron una decisión motivada. La ley les permite renunciar a la motivación, decir «No quiero motivación. Árbitro, olvídate, yo quiero una cuestión rápida, no quiero después estar en problemas con el Poder Judicial, discutiendo qué es lo que los jueces consideran buena o mala motivación, por consiguiente, renuncio a la motivación».

Paréntesis, el arbitraje no es una panacea, el arbitraje es para gente grande, ¿de acuerdo?, o sea, vayan al arbitraje sabiendo que no hay red, si el árbitro se equivoca y se equivoca duramente, no hay a dónde llorar, y eso es una cosa que ustedes deben conocer y saber. Y es importante decirlo, porque el mundo arbitral, así como el mundo judicial, pude ser muy duro y puede ser una jungla también. No los quiero asustar; pero, estamos en realidad ante dos junglas.

Desde el punto de vista de justificación externa, ¿cuáles serían los problemas?, estamos aquí ante temas de respeto al derecho de defensa, estamos discutiendo las partes respecto de algunas razones y, sin embargo, el árbitro me saca un argumento de la nada y con ese argumento que nunca fue discutido en el arbitraje, me resuelve el caso. Yo estoy todo el proceso arbitral diciendo «Éste es el argumento fundamental, éste es el argumento central de mi defensa», y el árbitro no dice absolutamente nada sobre ese argumento. Prueba no ingresada regularmente, por ejemplo, un peritaje ingresado justo al momento de laudar, que también se ha producido, en mi opinión, nulo el laudo. Prueba fundamental, igual, yo digo «Este peritaje es fundamental de mi defensa», no lo examinan, nulo el laudo. Todo esto ¿por qué? Porque ¿cómo pueden decirme que me han escuchado — principio de audiencia —, si no dicen absolutamente nada respecto de mis argumentos?

Termino en cinco minutos. Ahora, esto es arbitraje privado, pasemos a arbitraje en contratación pública. ¿El arbitraje tiene autonomía privada? No. ¿El principio de la acción estatal, es la libertad o el cumplimiento de la ley? El cumplimiento de la ley; por consiguiente, el fundamento del arbitraje de contratación pública, no es la autonomía privada, no es el respeto a la libertad más propiedad, es principio de eficiencia.

El Estado ha visto que el Poder Judicial es moroso, poco eficiente y poco especializado, y ha llevado sus controversias a una especialidad o un ámbito que «dizque» es especializado, eficiente y confiable. Yo —la verdad— pienso que eso está por probar, pero eso ya es otro tema.

Busca el Estado que le otorguen un nuevo contrato o busca el Estado una solución de acuerdo a ley, pero más rápida, flexible y especializada; lo segundo, naturalmente, entonces, que es lo que no deben vendernos, es que todo lo que va a arbitraje privado, debe ir a arbitraje de contratación pública. Son dos mundos completamente distintos; son dos lógicas distintas; y, por tanto, no pueden estar sujetas a la misma intensidad de control.

El árbitro no representa a las partes, ¿a quién reemplaza el árbitro en contratación pública? Al juez del contencioso. En todo país —y lo dice nuestra ley— ¿cuál es el ámbito natural de discusión de las controversias con el Estado?, el contencioso, y el 4 dice «*Salvo que haya arbitraje*». Por consiguiente, no se reemplaza, no buscamos un representante; el Estado no busca un representante; lo que busca es un juez, pero mucho más veloz, mucho más especializado.

Voy a terminar, en dos minutos. Estamos a la búsqueda de un patrón de control de la motivación del laudo de contratación pública. En mi opinión, se está contaminando a los jueces, estamos contaminándolos al momento de darle el mismo tratamiento.

No es culpa nuestra tampoco, porque la ley lo señala de esta manera, o sea, la ley no ha hecho la diferenciación; pero, me parece que hay motivos más que suficientes para hacer una diferenciación en el control de motivación de un laudo de arbitraje privado y de un laudo de arbitraje de contratación pública. Ahí ya hay causal específica, ¿no es cierto?, en mi opinión defectuosa, pero hay causal específica, que ustedes conocen en la ley vigente, la 45.3 y que, incluso, ya fue utilizada por la Sala Comercial de Lima y ya fue reconocida, es decir, la sentencia que anuló, ha sido no casada por la Corte Suprema, con lo cual, la causal de rompimiento de la jerarquía normativa, ya tiene reconocimiento judicial, legal y judicial.

Se nos dice que por qué se ha derogado o se ha eliminado la parte que está en rojo, la causal ya no existiría; pero, otra vez, un laudo contrario al orden público, ¿puede merecer amparo?, ¿alguien puede pararse y decir un laudo contrario al orden público puede superar sin ningún problema un proceso de nulidad de laudo? A ver, yo quisiera que un profesor me dijera si eso es posible. Por consiguiente, en mi opinión, la causal está entera y funcionando, no es la que yo quisiera, no es la que yo utilizaría.

Tenía tres casos, pero el que más me gusta es el 1, el de las antenas omnidireccionales. El INPE compra antenas omnidireccionales. ¿Para

qué? Para colocarlas afuera del penal y para efectos de que «Caracol» no sea intervenido seguramente, no pueda hacer sus fechorías o planear sus fechorías; pero, la empresa le entrega tres antenas omnidireccionales y dos unidireccionales.

La entidad le dice: «Oye, la orden de compra dice cinco omnidireccionales», pero la empresa le dice: «¿Te vas a poner quisquilloso por dos? Total, van a servir para lo mismo, o sea, no hay problema». Obviamente, la entidad dice: «Te resuelvo el contrato, no te pago» La empresa se va a arbitraje, y ¿qué dicen los árbitros?, miren lo que dicen los árbitros, «Donde van a ser colocadas las antenas —no se sabe en base a qué ah, porque no hay ningún peritaje técnico sobre el asunto—, es igual que sea una antena omnidireccional, como una antena unidireccional, así que págale no más, porque todo está de acuerdo a ley».

Si esto fuera un arbitraje privado, yo diría: «Qué pena por el que perdió», ¿no es cierto?, «perdió sus 2 millones, sus 500,000 dólares, pero es una pena. ¿Para qué fue a arbitraje? Eligió mal a sus árbitros». Pero, en el arbitraje de contratación pública, ése no es el problema, el dinero no es el problema, ¿cuál es el problema? La seguridad pública, porque en arbitraje de contratación pública, el dinero es simplemente el medio para hacer cumplir intereses generales de todos nosotros; y, por consiguiente, en mi opinión, no puede tener el mismo tratamiento que en el caso de un arbitraje de contratación privada, por las razones que les expongo.

Tendría muchos más casos que contarles, se ha condenado, por ejemplo, a 30 millones de indemnización por daño moral al Gobierno Regional del Cusco, 30 millones, que van a salir del bolsillo de todos los contribuyentes, ¿de acuerdo?, y hay temas igual de penosos o tristes. Por consiguiente, tenemos ahí mucho que realizar. Simplemente una idea de Paulson, que nos dice, «La omnipotencia arbitral probablemente llevaría a la irresponsabilidad arbitral»; por consiguiente, se necesita un control adecuado, justo, pero se necesita control.

La cita está ahí, las diapositivas las puedo dejar para que ustedes las tengan, están varias ideas que no he podido desarrollar.

Muchísimas gracias.

Presentador: Bien, a continuación, tenemos la ponencia del doctor Marco Silva Santisteban, asesor legal de la Sala Comercial de la Corte Suprema de Justicia de Lima, con el tema «Ejecución de laudo. Lecciones

aprendidas por el Poder Judicial». El doctor Silva Santisteban Valdivia es director académico del Instituto de Derecho Privado, asistente de juez superior en la I Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima, exsecretario técnico de la Comisión 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. Adelante, doctor.

Marco Silva Santisteban Valdivia: ¿Qué tal? ¿Cómo les va? Muy buenas tardes. Luego de un *impasse* de soroche, ya estoy ciertamente mejor y muy gustoso de estar en la ciudad de Arequipa. Después de veinte años tengo la oportunidad de estar aquí y, nada, supercontento.

El día de ayer con motivo de una conversación con algunos profesores, puede tomar noticia de que los estudiantes de pregrado de esta universidad habían ocupado un segundo lugar muy honroso en un certamen de arbitraje en Madrid. En realidad, no quería dejar pasar la oportunidad para hacerles un público reconocimiento y felicitarlos al respecto.

No podría empezar esta disertación sin antes agradecer la generosísima invitación de los señores organizadores, en especial a Jorge Abel Ruiz Bautista del Círculo de Arbitraje con el Estado; así como también a las autoridades de esta prestigiosa universidad; y, en especial, al doctor Mario Castillo Freyre, quien está hoy aquí presente; así como también saludar la gran intervención del doctor Julio Martín Wong Abad.

Bueno, sin más demora, voy a entrar a conversar sobre el tema para el cual fui convocado que, a mi juicio, es un tema sumamente importante, «La ejecución del laudo arbitral». Con ello no digo que los demás temas no sean importantes, pero la ejecución del laudo arbitral, a mi juicio, es un momento trascendental. Es un momento trascendental porque es el lugar en el tiempo en el cual, la parte vencedora de un procedimiento arbitral, trata de materializar su pretensión, es la esencia misma del arbitraje, porque cuando uno inicia un arbitraje, ¿qué es lo que quiere? Quiere la decisión del árbitro o de ese tribunal colegiado, ¿no es cierto?

Entonces, la ejecución del laudo arbitral es de suma importancia y debemos ser sumamente agudos en esta etapa final con la expedición del laudo arbitral, porque si uno no es sumamente diligente en esta oportunidad, podría consentir un error que mañana más tarde, en un proceso arbitral en el cual venía siendo ganador o me venía siendo satisfactorio, no lo pueda

ejecutar. ¿Por qué? Porque deja consentir un error y hace que, más tarde, este laudo, por ejemplo, se torne «ilíquido», cuando, por ejemplo, los árbitros no señalan las cantidades de las costas y costos, no las establecen, no te dan los mecanismos o las fórmulas para liquidar intereses. Por eso creo que, si una persona desea transitar en el mundo del arbitraje, esta situación debe ser bastante bien analizada.

Justamente, en la práctica, he podido advertir algunas situaciones, por decir lo menos, problemáticas, que me gustaría compartir con ustedes. La primera de éstas, la he titulado «Casi siempre los laudos no pueden ejecutarse en sede arbitral». A pesar de que legislador en el artículo 67, si uno lo lee con atención, se dará cuenta de que ha tenido la voluntad, el deseo de que esta decisión arbitral tan importante como es el laudo, sea ejecutada por el tribunal o el árbitro único, se ve que en la práctica es un poco complicada esta ejecución del árbitro. Además, tiene que ser acompañada por una delegación especial. Recordemos que la jurisdicción arbitral es especial, es temporal y es limitada. Es limitada respecto de las partes que, de manera expresa o tácita, muestran su conformidad con esta forma de solución de controversias; y, es temporal, porque la mayor cantidad de veces hay un tiempo de caducidad, por decirlo de alguna manera, y este tiempo termina con la emisión del laudo arbitral o con las resoluciones posteriores resolviendo los recursos post laudo del artículo 58.

Pasado esto, el árbitro o el tribunal deja de tener este empoderamiento y, a pesar de que sea un gran profesor o una persona muy reconocida en el derecho, ya no tiene esta forma de administrar justicia ni de dictar resoluciones, a mi juicio, en este procedimiento arbitral. Es por eso, que la Ley de Arbitraje en el artículo 67, señala que hay que darle un empoderamiento especial o tiene que estar regulado en el reglamento arbitral aplicable o al que se adhieran las partes; pero, a pesar de que uno le dé este empoderamiento al árbitro, en la praxis, a veces es complicado y, finalmente, en la mayoría de casos, hay casos puntuales en los cuales sí puede ejecutar un laudo arbitral, por ejemplo, una transferencia de propiedad, puede inscribir en Registros Públicos esa transferencia sin ningún problema; es más, la Superintendencia Nacional de Registros Públicos en el año 2014, ha establecido directivas para poder ejecutar los laudos en sede registral; pero, en la mayor parte de casos, los laudos arbitrales lastimosamente no se pueden ejecutar en esta instancia arbitral.

Me preguntarán «Marco y, ¿por qué?, ¿a qué se debe esto?», bueno, a mi juicio, es la sumatoria de dos factores. El primero, y creo que cierto, es que nos rige la teoría del incumplimiento, ¿qué dice esa teoría del incumplimiento?, que somos la mayor parte de veces renuentes a cumplir disposiciones, ¿no es cierto?, no queremos cumplir disposiciones que de alguna manera nos afectan o no son acordes a nuestros intereses. He podido revisar algunas revistas estadísticas y, por ejemplo, una que me llamó la atención es la revista «El barómetro». Ella da cuenta de que, para el año 2007 aproximadamente o 2008, ocupamos el penúltimo lugar de toda Latinoamérica, respecto a la percepción de cumplimiento de leyes o contratos. ¿Qué quiere decir esto? Que normalmente no cumplimos leyes o contratos y ello se encuentra asociado a la gran litigiosidad que existe, porque la litigiosidad justamente se genera de incumplimientos. «Marco, esto pasó en el 2008», me podrán decir, sí pues, pero para el 2018, seamos conscientes, no creo que haya cambiado mucho esta situación. Estaremos, haciendo un parangón con el fútbol, de mitad de tabla para abajo, inclusive.

Entonces, si uno revisa, y yo en la práctica judicial lo traslado, me doy cuenta también de que las personas no cumplen las resoluciones judiciales. Entonces, ¿una persona que no cumple una ley o un contrato, creen ustedes que quiere cumplir una sentencia judicial o un laudo arbitral?, yo creo que no. ¿No? Tendría que ser un poco bipolar para incumplir una ley o un contrato, pero sí cumplir una sentencia o un laudo arbitral. Yo creo que procederá de la misma manera. Una persona que no cumple una ley o un contrato, tampoco te va a cumplir una sentencia judicial o un laudo arbitral que le fuera adverso. Éste, a mi juicio, es el primer motivo por el cual los laudos arbitrales no se ejecutan en sede arbitral.

El segundo motivo, es la falta de *ius imperium y coertio* que tienen los árbitros. Si uno reflexiona, el artículo 139, numeral 1, le otorga rango de jurisdicción, tamaño rango que le otorga, solamente existe la justicia del Poder Judicial, la militar y la arbitral, no más; sin embargo, si uno revisa, no le otorga un atributo tan importante en la jurisdicción. Recordemos que la tutela jurisdiccional efectiva no solamente es poder recurrir al Poder Judicial o a un órgano de administración de justicia, tener un proceso con las garantías, una decisión debidamente motivada, sino, lo más importante, es poder ejecutar tus decisiones. Este *ius imperium y coertio*, no lo tienen los árbitros, es ahí donde hay muchos doctrinarios que cuestionan

el real carácter jurisdiccional del arbitraje. Ignacio Ripol, un tratadista argentino, señala que el proceso arbitral sin la asistencia del Poder Judicial, está condenado a la ineficacia. Es motivo de discusión si el arbitraje tiene jurisdicción, cosa en la que no me detendré en esta oportunidad por cuestiones de tiempo.

Entonces, esta sumatoria de factores, hace que las personas no cumplan los laudos arbitrales y los árbitros se encuentran atados de manos. Van a exhortar, a intimar, pero no van a poder hacerlo; entonces, ¿qué va a pasar?, que esta persona que tiene un laudo arbitral y no lo puede ejecutar, contrario a lo que quizá deseó con la suscripción del convenio arbitral, porque cuando una persona suscribe un convenio arbitral, ¿qué es lo que quiere en pureza?, que todo se tramite en el proceso arbitral, que sean los árbitros los encargados, no quiere recurrir al Poder Judicial, por «n» motivos, pero no lo quiere, entonces, tiene que recurrir, contrario a lo que quería, al Poder Judicial, para que como una suerte de *Sherif*, como lo señala el profesor Fernando Cantuarias Salaverry, sean los encargados de hacer cumplir por la fuerza.

Entonces, la primera problemática que yo advierto dentro de los procesos de ejecución de laudo arbitral, es que no pueden ejecutarse en sede arbitral.

Voy a tratar de ser bastante escrupuloso con el tiempo. El tema de la demora también, porque ya el procedimiento, ¿no?, tienes problema, te vas a ir a arbitraje, vas a iniciar el procedimiento arbitral, ya te genera una demora, la demora es un retraso, un desmedro, te genera eso; sin perjuicio de ello, este laudo arbitral se va a tramitar en sede judicial ante el incumplimiento en sede arbitral; ya en sede judicial se va a tramitar bajo las reglas del proceso único de ejecución, porque esta decisión tan importante a la que hacía referencia, además, es un título de ejecución que te permite ingresar a este tipo de procesos que, en la praxis, se entiende que son mucho más rápidos, mucho más céleres, porque se parte de un derecho declarado; pero, ya es una demora.

A veces yo pongo este ejemplo, lo puse en San Marcos ya hace algunas semanas, ir en un procedimiento arbitral es cómo manejar pagando un peaje en una vía rápida, no en estos peajes de Kouri, peajes de verdad, ir por una vía rápida, tranquilo, puedes reducir plazos, con gente especializada, bien señalizada tu vía. Sin embargo, ante esta imposibilidad, tienes

que salir de esta vía rápida e ingresar, no sé, en Lima, no sé qué vía será tan transitada aquí en Arequipa, en Lima, ingresar a la Avenida Javier Prado cuando hay un concierto en el Estadio Monumental, te vas a demorar. Porque tu proceso arbitral en el que solamente los árbitros se encargaban, va a ingresar al Poder Judicial y el juez no solamente va a tener que encargarse de tu proceso, sino de toda la carga de procesos y va a ser uno más. De esta vía rápida en la cual tú ibas, ingresas con todos los procesos judiciales, situación que, a mi juicio, ya genera un daño, genera un retraso y genera una demora. Ése es el segundo punto problemático que advierto en la ejecución de los laudos arbitrales.

Y, como una suerte de conclusión anticipada, creo que el punto flaco del arbitraje, es la ejecución arbitral, eso es lo que yo considero, y creo que ya el legislador, a diez años de vigencia de la Ley de Arbitraje, sería bueno que se siente a revisar cómo se ha desarrollado en la praxis y qué cosas habría que ajustar, porque se supone que lo que queremos todos es que el arbitraje fluya y fluya de la mejor manera.

Voy a plantear —no sé si me dé el tiempo—, al menos voy a platear una problemática que se veía en los arbitrajes y en la ejecución de laudos arbitrales inmobiliarios. No podemos negar que de un tiempo a esta parte, el tema de la construcción ha sido sumamente importante, después de la actividad aurífera, la extracción de mineral, la construcción era la actividad por excelencia que reportaba mayores dividendos, ha habido una desaceleración, pero hace diez años, cinco años, ciertamente era bastante fuerte este tema, y generó que muchos empresarios dedicados a los bienes raíces, que construían edificios, inmuebles, departamentos, tiendas, oficinas, lo que fuere, decían: «Va a haber problemas, le voy a vender hoy, le voy a alquilar; pero, sé que va a haber problemas.

El Poder Judicial tiene retardo, tiene muchas cosas. entonces, ¿qué hacemos? Buscamos la vía más rápida», y todos sabemos que el arbitraje es caracterizado, entre otras cosas, por la rapidez, ciertamente, entonces, decían: «Genial, cualquier tema inmobiliario que tengamos, nos vamos a arbitraje», todo iba genial, superrápido, gente muy especializada, se formaron centros de arbitraje, al menos en Lima he visto centros de arbitraje, no voy a decir los nombres, pero referidos a temas inmobiliarios. Se planteaban pretensiones que iban desde desalojo por vencimiento de contrato, desalojo por falta de pago, ejecución de garantía hipotecaria que, a la pos-

tre, implicaban un lanzamiento, tenías que lanzar a esa persona y, como lo dije hace un momento, el arbitraje carece de *ius imperium*.

Entonces, ¿qué tenías que hacer?, como lo he ido detallando, tenías que ir con tu laudo al Poder Judicial, en este caso, en Lima, a los juzgados comerciales y, en provincia, donde no hay juzgados comerciales, a los juzgados especializados en lo Civil. Todo genial, se presentaba la demanda, se emitía el mandato de ejecución y contestaban o contradecían.

Y acá un pequeño pie de página, me salgo y regreso rápido, si uno lee la Ley de Arbitraje, tiene solamente dos artículos que se encargan del tema se ejecución, no sé si estoy bien, pero creo que el recurso de anulación tiene mayor normatividad al respecto, el legislador solamente contempla los artículos 67 y 68, y tiene dos motivos cerrados para poder oponerse a un proceso de ejecución, que son bastante cerrados: que hayas cumplido la obligación o que ésta se encuentre suspendida porque hay un recurso de anulación que así lo dispone, y pregunto ¿qué pasaba cuando había un laudo ilíquido?, ¿qué podías decir? No podías decir nada, y el juez se encontraba atado de manos porque en el artículo 68 hay un parrafito que dice que el juez está impedido, bajo responsabilidad, de aceptar cualquier actuación o recurso que entorpezca el laudo, ¿qué ibas a ejecutar si era ilíquido?, pero se decía «Juez, tú tienes que ejecutarlo, porque te dice “bajo responsabilidad”».

Felizmente, esta situación ha sido superada por los jueces de Lima, porque entienden que el laudo arbitral no solamente es esta decisión, el laudo arbitral también es un título de ejecución y, como tal, tiene que cumplir los requisitos generales de todo título de ejecución, contemplados en el artículo 689 del Código Procesal Civil, a saber, que haya una obligación cierta, expresa y exigible; y, si tiene una cantidad de dinero, que sea líquida y liquidable. Es una situación que se ha constituido como un nuevo mecanismo de defensa en la ejecución del laudo y que quise compartir hoy con ustedes.

Pero, regresemos al tema del arbitraje inmobiliario. Perfecto, se emitía el auto final que, para los efectos, es igual que una sentencia, y le decían a Juanito Pérez que tiene que desalojar en diez días, bajo apercibimiento de lanzamiento. Obvio que Juanito Pérez nunca se iba a ir de la casa, porque no se iba a ir pues ¿no? Se programaba la diligencia de lanzamiento, se señalaba día y hora, se tocaba la puerta a Juanito Pérez, se le decía «Tienes

diligencia de lanzamiento» y ¡Oh sorpresa!, Juanito Pérez no vivía ahí, se presentaba un tercero, voy a ponerme de ejemplo, se presentaba Marco Silva y decía «Señor juez, me parece genial su auto final, me parece genial el arbitraje; pero, esta decisión no me es oponible, soy un tercero, desconozco del arbitraje, el arbitraje nace de la voluntad, yo al señor que ha laudado, no lo reconozco como árbitro» y pobre demandante, ¿cierto?, se demoró el proceso arbitral, se demoró el proceso judicial y, cuando se pide la ejecución, sale un tercero, que a veces es una salida temeraria, espero que me dé tiempo, en los arbitrajes fraudulentos a veces también hay que pensar si es bueno o no es bueno ejecutar a un tercero, si en realidad es una maniobra o no.

Me dicen «Pero, Marco, el Código Procesal Civil en el tema de Desalojo, te dice que se lanza al demandado o a cualquiera que ocupa», sí pues, pero eso es para los procesos judiciales, tiene distinta naturaleza un proceso judicial y un proceso arbitral, tienen una génesis distinta; y, aparte, ¿cómo vas a ejecutar a ese tercero si, en primer lugar, no reconoce al árbitro; y, en segundo lugar, no participó del proceso arbitral, no se pudo defender? Me parece que no y esta decisión también fue llevada a Pleno Comercial en el año 2010 y ha sido recogida en bastantes sentencias de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional.

Entonces, para la persona que iba al arbitraje, se tiene que se demoró el procedimiento arbitral, el proceso judicial y nunca lo puede ejecutar. Qué pasa si lo ejecutas y dices: «Ya, a este tercero lo llevamos al procedimiento arbitral». Lo llevas al procedimiento arbitral; lo emplazas; vas al Poder Judicial. Lanzamiento, tocas la puerta y aparece otro. Es una cadena que nunca termina.

Entonces, el arbitraje inmobiliario, como están planteadas las cosas, en verdad es bastante complicado. Si una persona me pregunta si suscribe un convenio arbitral en un tema inmobiliario, yo digo que mejor no lo haga porque le va a pasar eso.

¿Qué hacemos?, no sé, yo planteo dos salidas. Me preguntarán ¿darle *ius imperium* y *coertio* a los árbitros?, tengo dos amigos que están haciendo tesis al respecto, me lo han comentado. Yo, en verdad, creo que no, porque siempre tiene que haber un mecanismo de control, a mi juicio, trabajo en el Poder Judicial, seguramente voy a tener esa lógica, lo entiendo así. Entonces, ¿qué hacemos con los arbitrajes?, yo pregunto ¿por qué usamos

cinturón de seguridad?, ¿por qué no tomamos ni una gota del alcohol al manejar?, porque hay incentivos. El comportamiento de las personas se puede manejar en base a incentivos. Hace muchos años nadie usaba cinturón de seguridad, yo me acuerdo que mis tíos tomaban y manejaban y no pasaba nada. Ahora te vas preso y ¿alguien toma? No. Todos usan cinturón de seguridad, ¿por qué? ¿Vamos a ir a votar ahora? Sí, porque si no lo hacemos, tendremos una multa.

Mi especialidad para nada es el análisis económico del derecho, no quiero entrar en ese campo porque no es el mío; pero, sí entiendo que el comportamiento de las personas podría deshacer esta teoría del incumplimiento de la que hablé. Por ejemplo, yo digo con cargo a desarrollar la idea porque la estoy desarrollando, ¿qué pasa si se crea una central de riesgos respecto al tema inmobiliario?, todos tenemos conocimiento de que Juanito Pérez es un vivo, ¿le vamos a alquilar a Juanito Pérez?, no pues, ya si le alquilas, ya ..., ¿le vamos a dar un préstamo a Juanito Pérez?, no, ¿qué va a hacer Juanito Pérez?, necesariamente va a tener que cumplir esta decisión porque si no, se le cierran las oportunidades.

En doctrina, he leído en un libro de Juan Carlos Fernández Rosas, que se lo comenté al doctor Wong en una conversación, que había un grupo de empresarios dedicados a la venta de granos en Argentina, y yo necesitaba de ti para venderte y tú necesitabas de mí y era un círculo en el que todos necesitábamos de todos. Si una persona no cumplía un laudo, yo no le vendía la materia prima para que pueda realizar su actividad y, al final, morías de inanición y decías: «Mejor cumple estos 20,000 que me han mandado, porque voy a perder 100,000».

No sé si esta figura pueda ser bien desarrollada aquí, pero le estoy dando vueltas al asunto. Lo cierto es que deberíamos alentar el cumplimiento espontáneo de los laudos, y eso ayudaría a que las personas vean satisfechas sus pretensiones en sede arbitral, todos felices. O sea, la esencia misma del arbitraje no es que tengas que recurrir al Poder Judicial, sino que sea el propio árbitro o el propio tribunal quien ejecute esta decisión, y eso también ayudaría en cierta manera, aunque es poquito, a descongestionar la carga procesal, y ahí todos felices.

Respecto de los terceros, sí pues, no se puede alegar desconocimiento, pero también sabemos que ese tercero la mayor parte de veces es una figura, un artilugio, una maniobra dilatoria para no cumplir esta situación, y

alegan desconocimiento, dicen: «Yo no tengo conocimiento de este convenio arbitral y no me es oponible», y pregunto: ¿qué pasa si inscribimos este convenio arbitral en el inmueble del que es materia? ¿Puedes alegar desconocimiento? ¿Qué pasa cuando se inscriben medidas cautelares? ¿Tú puedes alegar desconocimiento? ¿Los efectos no se retrotraen y se te ejecutan? Lo dejo como duda, lo dejo como reflexión, y me gustaría que alguna persona que desee desarrollar la idea, la tome porque las ideas son de todos, ciertamente.

Y ahora, ya para finalizar, el tema de los arbitrajes fraudulentos. O sea, no podemos taparnos los ojos, creo que son la menor cantidad de casos, no hablo de generalidades, son personas específicas que se encargan de hacer esto, las tenemos identificadas, hasta sabemos el nombre de los árbitros; pero, ¿qué pasa?, yo tengo mi casa, Reinaldo Vivanco n.^o 1272, Surco, Lima, estas personas falsificaban mi firma en un contrato de compraventa, usaban notarios a veces, a veces falsificaban las firmas de los notarios y le vendían la propiedad a «B», y en ese contrato incluía un convenio arbitral. En el contrato decían que yo en diez días desalojaba esa propiedad; obviamente, nunca la iba a desalojar porque nunca estuve enterado del proceso, se llevó un proceso arbitral a mis espaldas.

Perfecto, se hace de la ejecución del laudo arbitral un mecanismo para perpetrar delitos, van con este laudo arbitral y son muy vivos porque este laudo arbitral lo ejecutan después de tres meses, cuando el Poder Judicial les dice «Oye, a ver muéstrame algunas de las actuaciones para ver cómo ha sido el proceso», porque ya se huele esto, te dicen: «No, yo no tengo obligación de guardar las actuaciones arbitrales, la norma me dice determinado tiempo, eso ya venció», «Ah bueno, entonces, vamos a ejecutarlo», y la parte por cosas del destino se entera y va al proceso judicial y le dice: «Señor, acá ha habido un ilícito, es más, tengo un proceso penal contra este árbitro porque me está falsificando la firma, hay un dictamen, hay acusación fiscal», y ¿qué te dice esta persona maliciosa?, otra vez el 68, «Señor juez, tú estás impedido de aceptar cualquier actuación que retarde la ejecución del proceso». Pero, ahí creo que tiene que entrar un poco el discernimiento ¿no?, dejar de lado esa normatividad para casos especiales como el que estoy comentando y aplicar el Código Procesal Civil, el artículo 320 es bastante claro y te habla de la suspensión judicial de un proceso, aplicando el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales.

Bien, en este poco tiempo, he tratado de reseñar algunas problemáticas que he podido advertir de la práctica de la ejecución del laudo arbitral y, nada, espero verlos pronto y los que hayan compartido mis ideas, me gustaría que estas ideas sean desarrolladas y las tomen ustedes.

Muchísimas gracias y hasta una próxima oportunidad.

Presentador: A continuación, tenemos tiempo para una intervención, si alguien desea realizarla.

Primera pregunta del público: En primer lugar, felicitar a los doctores por las exposiciones valientes. Principalmente, quisiera hacer una pregunta y luego unas reflexiones. La pregunta es sobre la posibilidad de que en este horizonte de que el árbitro satisfaga los intereses de las partes en conflicto, que es la perspectiva del arbitraje privado que nos mostró el doctor Wong, es posible el adelanto de opinión, en el sentido siguiente, yo para saber que alguien necesita las cáscaras y alguien necesita el zumo, necesito una comunicación fluida, y es posible que en algún momento diga «Partes, a ver, estoy pensando esto, pero ¿ustedes me pueden ayudar a encontrar un punto en el que ambas queden satisfechas?». El adelanto de opinión está proscrito, es una especie de pecado mortal, pero creo que en arbitraje podríamos abrir la puerta al adelanto de opinión, es decir, «Estoy pensando esto, a ver qué les parece». Entonces, la primera pregunta va en la línea de esa reflexión.

La segunda pregunta es en relación a los dos ejemplos muy interesantes del doctor Wong, pero que creo que tensionan algunos principios. Si yo rompo mis lentes, claro, los lentes no valen mucho, pero si yo me compro un automóvil nuevo cada semana y lo rompo y lo rompo, pregunto, el padre de la parroquia no puede decir nada, el comisario no me puede decir nada, el jefe de bomberos no me puede decir nada, el Defensor del Pueblo no me puede decir nada, ¿alguien me podrá decir «Oiga, usted no puede comprar un auto nuevo y romperlo todas las semanas?», porque la propiedad tiene un uso social, si yo desecho los anteojos todos los días a modo de reciclaje, bueno, nadie se va a enterar, pero hay un uso social de la propiedad, ¿no?

Y, en relación a las antenas, ese cambio de interés público a interés privado, me parece súper interesante; pero, encuentro una objeción en el interés privado, hay un *pacta sunt servanda*, si yo encargué las antenas pluridireccionales y me dan sólo tres y no las cinco que pedí, el contrato no

ha sido cumplido, no es: «Qué pena, pues, perdiste dos millones de soles», no, es que hay un *pacta sunt servanda* que me auxilia, ¿no?

Gracias.

Julio Martín Wong Abad: Comienzo por la última porque si no se comprende eso, creo que no se comprende el arbitraje. A ver, con todo el cariño y el respeto correspondiente, la decisión del árbitro es final, sino no es arbitraje, o sea si quieren una decisión del árbitro con red, vayan al Poder Judicial pues, tienen primera instancia, segunda instancia y hasta la Corte Suprema; pero, si el árbitro dijo y se equivocó y aplicó mal el Código Civil, y es terrible la equivocación, tienen que conformarse con el arbitraje, si no, es otra cosa. El error de derecho puede ser terrible, incluso, yo sé que muchos colegas no van a estar de acuerdo conmigo; pero, en mi opinión, ni siquiera la aplicación de una norma derogada en arbitraje privado, sería causal de nulidad del laudo en arbitraje privado. ¿Por qué? Porque la decisión del árbitro es final. Si no se comprende eso, entonces, en arbitraje privado por lo menos, tenemos otra cosa, porque así es, así son las reglas, así deberían ser las reglas en el arbitraje privado. En el arbitraje de contratación pública, definitivamente el escenario no es el mismo.

Ahora, sí, pues, hay limitaciones al uso de la propiedad social; pero, ¿quiénes pueden en teoría protestar? Los familiares, porque pueden decir que uno es prodigo, que está desperdiciando los bienes, pero más allá de ello y mientras eso no suceda, igual vamos a poder seguir arriesgando nuestro patrimonio. Entonces, yo creo que la idea se sostiene.

Y había una tercera objeción o pregunta, el adelanto de opinión. Mire, ése es también otro tema, ¿no? El adelanto de opinión si bien es cierto, es un pecado que pueden cometer los jueces, ¿no es cierto? Yo pienso que la flexibilidad del arbitraje, podría dar ese mayor acercamiento. A ver, es lo que decía Marco, los jueces estamos para los casos masivos, los jueces somos jueces de 100, 200, 300 casos iguales, y cuando yo voy a arbitraje, voy para un traje a la medida; y, por eso es que es mucho más caro y tiene complicaciones adicionales, por eso es que espero cosas distintas o debería esperar cosas distintas de los árbitros y de la labor de los jueces.

Ahora, ustedes me dirán uno es mejor, el otro es peor, creo que usted lo decía más temprano, es cuestión de los conflictos. Puede ser que en un conflicto sea adecuado ir al Poder Judicial y en otro conflicto sea adecuado ir a arbitraje, eso dependerá de la estrategia procesal de cada uno y de las

circunstancias del caso. Por eso es que no nos salvamos diciendo: «Todo va al Poder Judicial o todo va a arbitraje», por eso es que es tan dramático que haya corrupción en el Poder Judicial y corrupción en el arbitraje, porque ahí sí es la tormenta perfecta, ¿no es cierto?, ya no hay país, no nos salvamos ni por un Poder Judicial del primer mundo, ni nos vamos a salvar por un arbitraje del primer mundo, nos vamos a salvar si ambas instituciones tienen límites razonables o niveles razonables de satisfacción de la tutela jurisdiccional.

Presentador: Tenemos una intervención más.

Segunda pregunta del público: Doctor Wong, ¿podría usted ilustrarnos cómo quedó el tema del laudo que ordenó en Cusco el pago de una suma millonaria por concepto de daño moral?

Julio Martín Wong Abad: A ver, este laudo en este momento, según lo que me informan, está en Amparo, se presentó la nulidad del laudo ante la Sala Civil del Cusco, la Sala Civil del Cusco consideró que no era la sede y lo derivó a Lima. Lima consideró que estaba fuera de plazo y declaró improcedente la demanda, lo cual particularmente me parece una locura lo que hicieron mis colegas jueces en Lima y, me parece que, por lo menos por lo que me comentaron la última vez, es que ese laudo estaba en Amparo. Ahora, la motivación de ese laudo es lamentable, pero si uno examinara ese laudo desde el punto de vista de un arbitraje privado, yo creo que no podría ser atacado. Sin embargo, considero que debería ser otra la intensidad y el control en la motivación en el laudo de contratación pública.

Tercera pregunta del público: Ese doble estándar, de si es público es justo y de si es privado, es injusto o viceversa, es lo que no nos acaba de persuadir, porque la justicia es una sola y en lo privado y en lo público es una sola, y usted acaba de decir que si fuese privado están bien los 30 millones, pero si es público, es injusto, eso es lo que no entendemos.

Julio Martín Wong Abad: A ver, mire, en realidad, evidentemente la justicia es una sola, la decisión justa es una sola, el tema es que yo me enfrento a la posibilidad de una decisión injusta, yo, mi patrimonio. Eso no sucede en el arbitraje de contratación pública, ¿por qué?, porque el Estado no representa intereses privados, representa intereses públicos, en realidad la decisión es la misma, lo que pasa es que los intereses llevados al proceso arbitral son distintos y requieren distinto tratamiento. Cuando yo sostengo y digo que el privado debe sufrir la decisión, así sea injusta,

producto de un arbitraje privado, es porque sigo la línea de la garantía propia del arbitraje, cuando yo arriesgo mi patrimonio, es mi riesgo, yo sé a lo que voy; cuando se arriesga el patrimonio de todos, el tratamiento es distinto, no puede haber el mismo grado de consentimiento. Ese es el tema de la diferencia, si quiere lo conversamos luego, pero hay una diferencia, me parece, fundamental.

Y quisiera contestar la pregunta de la joven, si me lo permiten.

Cuarta pregunta del público: Si bien la vía ordinaria y la vía arbitral son dos junglas diferentes, quisiera saber si el derecho a la motivación forma parte del debido proceso arbitral.

Julio Martín Wong Abad: Mire, uno piensa que todo lo que está en la Constitución es irrenunciable, pero eso no es cierto. O sea, el arbitraje mismo es una muestra de que el orden público constitucional es más pequeño que el texto de la Constitución y lo prueba el arbitraje mismo. Mediante el arbitraje, renuncio a la instancia plural, mediante el arbitraje puedo renunciar a la motivación. ¿Qué significa esto? Que, la motivación en el arbitraje privado, no forma parte de ningún orden público constitucional; por eso es que la ley permite la renuncia y por eso es que los árbitros tienen esa libertad fundada en la propia libertad de los privados.

Invítenme para otra vez, por favor, y conversamos más ampliamente.

MESA 7: «LÍMITES EN LAS FACULTADES DE LOS ÁRBITROS»

Mario Castillo Freyre¹

Alfredo Soria Aguilar²

Ludovina Villanueva Núñez³

Jorge Abel Ruiz Bautista: Tengo el honor de presentar el panel que abordará las limitaciones en las facultades de los árbitros. En ese sentido, la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio del doctor Mario Castillo Freyre, ha hecho una reciente publicación, que es el volumen 57, que la doctora Ludovina Villanueva ha publicado, y aborda temas muy interesantes que el panel seguramente va a comentar con mucho acierto, sobre las limitaciones en las facultades de los árbitros.

En el panel nos acompaña el doctor Alfredo Soria, quien es árbitro en diferentes centros de arbitraje; la doctora Ludovina, quien es secretaria de la Cámara de Comercio de Arequipa; y, el doctor Mario Castillo Freyre, quien es actualmente el decano de esta ilustre casa de estudios.

Voy a ceder la palabra al doctor Mario Castillo, para que haga unas reflexiones y análisis respecto a la reciente publicación del volumen 57, que es un libro que vamos a compartir con todos ustedes al final del evento y es una lectura, en particular, obligatoria para todos los operadores que

¹ Abogado titulado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, magíster y doctor en derecho por la misma casa de estudios. Asimismo, oficia como árbitro en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, del Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (OSCE), del Colegio de Abogados de Lima, del Colegio de Ingenieros del Perú, de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Amcham, así como en procesos arbitrales *ad-hoc*.

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), adscrito al Registro de Árbitros del Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (OSCE), al Registro de Árbitros del Centro de Arbitraje PUCP y a Amcham. Coautor de los libros *Contratos modernos; El impacto de las innovaciones tecnológicas en el derecho privado; El derecho de los contratos y las nuevas tecnologías; y Derecho de obligaciones*, y autor de diversos artículos académicos sobre arbitraje, contratación civil y comercial y contratación pública.

³ Secretaria General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa.

estamos en el día a día del arbitraje, porque conocer cuáles son las fronteras y aquellas limitaciones dentro de un proceso arbitral es fundamental para entender la dinámica, sobre la que han hablado los ponentes, respecto al control judicial de los laudos y las actuaciones de las partes en un arbitraje. Sin más preámbulos, cedo la palabra al doctor Mario Castillo Freyre, para quien pido un aplauso.

Mario Castillo Freyre: Claro, uno podría decir, pues, o sea, es un tema que los árbitros no tienen, coerción, sí, pero en realidad, a raíz del libro, me puse a pensar ¿qué ha pasado en dieciséis años que soy árbitro?; ¿cuántas veces me han pedido como tribunal que autorice recurrir al juez?; ¿que la parte recurra al juez para pedir auxilio judicial? Una.

Entonces, hay que buscar las razones por las cuales no piden ese auxilio judicial, porque hay veces en las que, definitivamente, las partes no colaboran, etcétera. Entonces, eso es lo que estoy expresando.

En otras palabras, las resoluciones judiciales no están protegidas de las acciones de amparo, vedadas en los procesos arbitrales desde la sentencia del Tribunal Constitucional en el Caso n.º 6167 y, luego ratificada, hace diez años, por la Ley de Arbitraje, en vigencia, el Decreto Legislativo n.º 1071.

Esto explica, entonces, en alguna medida, el por qué los litigantes arbitrales no solicitan —por regla general— que se les autorice a recurrir al Poder Judicial para actuación de medios probatorios.

La tercera razón consiste en que es usual que, ante la imposibilidad de actuar un medio probatorio en el arbitraje, el tribunal arbitral prescinda de la actuación del mismo y proceda a resolver en base a las demás pruebas que se han actuado en el proceso. La experiencia vivida enseña que el medio que no se pudo actuar, no necesariamente es el que determinará el sentido del laudo arbitral.

Lo propio ocurre con los testigos. Nunca he visto el caso en que una parte ofrece un testigo y éste no acude a la citación efectuada, una, dos y hasta tres veces por el tribunal arbitral, y que dicha parte llegue a solicitar que se le autorice recurrir al juez para que ordene de grado o fuerza, nunca ha pasado, nunca me ha pasado a mí, puede haberle pasado a otro, pero a mí nunca me ha pasado. Por lo demás, si alguien no desea testificar, si se le forzara a asistir, tendría todo el derecho a guardar silencio ante el tribunal

arbitral, entonces, sería un pésimo negocio el forzar judicialmente la actuación de ese medio probatorio.

Otros aspectos en que los tribunales arbitrales a veces tienen problemas, es en la actuación de medidas cautelares. A veces ocurre que las resoluciones cautelares de los árbitros, no son ejecutadas por particulares, por ejemplo, por bancos que se niegan a bloquear una cuenta bancaria del deudor o un registrador que pone mil observaciones y hasta exige el cumplimiento de requisitos imposibles y ajenos a la ley también, a un tribunal arbitral, para anotar una medida cautelar.

Una vez integré un tribunal arbitral en que el registrador nos puso todas las observaciones que se imaginó; la mitad no estaban en la ley y eran de cumplimiento imposible. Entonces, les dije a mis colegas, «No se preocupen, primero vamos a laudar y después nos van a inscribir la cautelar».

Efectivamente, nunca inscribieron la cautelar, mejor porque ganó la otra parte. Yo entiendo a los registradores a veces y a veces no. Entiendo el celo, pero no entiendo ya el blindaje absoluto, eso era un blindaje absoluto, esa cautelar nunca se podía haber inscrito, jamás, nunca, primero pasaban tres elefantes delante del estrado.

En estos casos, obviamente el tribunal arbitral no podría forzar ni al banco ni a Registros Públicos, y perfectamente podría recurrir al auxilio judicial para la ejecución de la medida cautelar. No obstante, en la práctica, no he visto ningún caso en el cual la parte que solicita la medida cautelar pida al tribunal arbitral recurrir a su ejecución judicial forzosa.

No me cabe duda de que esta unanimidad en el actuar de tales litigantes, obedece a los naturales reparos que ofrece, para un litigante en arbitraje, el ingresar a la jurisdicción ordinaria, a la cual nunca quiso ingresar cuando pactó precisamente el convenio arbitral.

Como vemos, la práctica arbitral en el Perú, no ofrece mayores problemas en lo que respecta a la etapa del desarrollo del proceso arbitral, habida cuenta de que no constituye moneda corriente, ni en litigantes, ni en tribunales arbitrales, el recurrir al auxilio de la jurisdicción ordinaria. En ese sentido, estimo que el principal problema en cuanto a los límites de las facultades de los árbitros, se halla en lo que respecta a la eventual ejecución de sus propios laudos.

La Ley de Arbitraje establece que las partes podrían pactar que el tribunal tenga la facultad de ejecución, lo que también podría hallarse en el

convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable del centro de arbitraje, si fuese institucional. En tal situación, la parte que haya ganado el proceso, podrá solicitar al tribunal arbitral proceder a ejecutar el laudo.

Estas solicitudes no constituyen tampoco práctica usual, en la medida de que la parte ganadora conocerá de antemano, primero la negativa de su contraparte a ejecutar voluntariamente el laudo y, luego, conocerá cuáles son las limitaciones de las facultades de los árbitros, razón por la cual, si sabe que por más buena voluntad que tenga el tribunal arbitral, no podrá ejecutar el laudo, dicha parte recurrirá de frente a la jurisdicción ordinaria a solicitar se ordene su ejecución.

No cabe duda, entonces, de que ésa es la principal limitación que tienen las facultades de los árbitros. La pregunta que correspondería formular, entonces, es la relativa a si debería otorgarse facultades de ejecución a los tribunales arbitrales en relación a sus propios laudos. Esa pregunta que hizo Marco en el bloque anterior.

No estoy seguro de la respuesta. Me explico. Los árbitros tradicionalmente nos dedicamos a conocer procesos y a resolverlos, nada más, ahí concluye nuestra labor. Los árbitros usualmente no ejecutan laudos porque, ante la negativa al cumplimiento del perdedor del arbitraje y la ausencia de *coertio*, se tendrán que abstener de cualquier actuación posterior, y esto no me parece mal, por varias razones.

La primera, porque la vocación por el ejercicio de la función arbitral no necesariamente se extenderá a la etapa de ejecución. En otras palabras, los árbitros no están acostumbrados a realizar labores de jueces de ejecución, a algunos además les agradaría hacerlo, a otros no. Es un tema de vocación.

En segundo lugar, es de gran importancia el considerar que, luego de emitido el laudo, cabe que la parte perdedora lo impugne, y esto para mí es lo más grave. Cabe que la parte perdedora lo impugne en anulación ante la justicia ordinaria. Si fuese el caso, existe la eventualidad de que el laudo sea anulado por la justicia ordinaria. En estos supuestos, la experiencia enseña que es preferible que el laudo anulado no haya sido ejecutado previamente, pues si ese fuese el caso, se tendrían que restituir las prestaciones que ya hubiesen sido ejecutadas; menudo problema, por cierto. Así, sería preferible que el recurso de anulación se resuelva con anterioridad a la ejecución del laudo.

Como sabemos, la ejecución judicial de los laudos arbitrales, no es rápida, dada la habitual lentitud de los tribunales ordinarios; en cambio, es de imaginar que la ejecución de los laudos por parte de los tribunales arbitrales, revestiría una mayor celeridad, de modo tal que, la regla pasaría a ser la de laudos ejecutados antes de que se resuelvan los recursos de anulación, y esto en verdad sería muy peligroso.

En este espacio, he querido referirme brevemente, a algunos de los aspectos más importantes de los límites que el ordenamiento jurídico y la práctica establecen a las facultades de los árbitros, materia que desde una perspectiva impecable, aborda con holgura Ludovina Villanueva en el libro que hoy presentamos.

El libro de Ludovina trata sobre estos temas y constituye una obra excelente, que representa una llamada de atención sobre los mismos, e invita a que los lectores reflexionen acerca de si resulta necesario repensar las tradicionales facultades de los tribunales arbitrales.

Esta ocasión, además, es muy especial, pues estamos presentando la obra en el marco de un muy interesante seminario de arbitraje y contrataciones del Estado, que nos acoge para poder plantear estas materias a debate, ante tan ilustrado auditorio de abogados y estudiantes interesados en estas materias. Pero, además, la ocasión es muy importante, porque es la primera vez en que la *Biblioteca de Arbitraje* presenta un libro en Arequipa. Hemos presentado libros hasta en el extranjero, hemos presentado en Madrid, en Barcelona algunos ejemplares; pero, nunca en una ciudad del Perú fuera de Lima, y es la primera vez que se presenta en Arequipa. Y va haber una segunda, lo adelanto. El día 19 de octubre, vamos a presentar el siguiente volumen de la *Biblioteca de Arbitraje* en Arequipa, en el marco de un congreso internacional de Numismática. Ustedes dirán «¿Qué tiene que ver?». Lo que pasa es que hay un profesor y abogado muy reputado en Lima, que ha escrito un libro sobre Numismática y Derecho, y plantea un eventual arbitraje entre Perú y España para disputar la propiedad de las monedas rescatadas del galeón «Las Mercedes», por la empresa Odyssey hace muchos años, materia pendiente en torno al tema de la propiedad. Ese libro ha dado lugar a un número más de la *Biblioteca de Arbitraje*, el número 58, que va a presentarse en el marco de este congreso. No sé, efectivamente, si será en este auditorio o en otro; pero, será en la universidad, la noche del 19 de octubre. Y, sirva esta ocasión también, para rendir

homenaje al medio jurídico arequipeño, siempre tan valioso y con tan notables juristas a lo largo de la historia del Perú.

Quiero decir también, que las puertas de nuestra colección están abiertas para publicar aportes en arbitraje del medio arequipeño. Suelto una vieja idea que, lamentablemente, no he podido llevar a la práctica, pero la suelto a ver quién toma el guante, les suelto la idea de poder llevar adelante la elaboración de un libro colectivo, que bien podría llevar el título de *El arbitraje en Arequipa*, y que podríamos publicar en el año 2019.

Quiero también destacar que este magnífico libro de Ludovina, constituye el volumen 57 de la *Biblioteca de Arbitraje* y, que Dios mediante, deberíamos cerrar el año con más de sesenta volúmenes publicados a lo largo de estos 12 años de existencia de nuestra colección. Agradezco a ustedes la acogida que ha tenido nuestra biblioteca en el Perú y en el extranjero.

Desde la próxima semana, la obra de Ludovina será conocida por todo el medio arbitral, sea en formato papel o virtual, a través de su inmediata publicación en nuestra página web.

Felicitaciones, querida Ludovina, y muchas gracias, muchísimas gracias a todos ustedes.

Jorge Abel Ruiz Bautista: Agradecemos la presentación del doctor Mario Castillo Freyre.

Ahora toca reflexionar sobre la otra perspectiva, ¿cuál es la colaboración que realiza el Poder Judicial frente a estas limitaciones que tiene un tribunal arbitral o un árbitro único?, para lo cual, cedo la palabra al doctor Alfredo Soria, quien va a comentar temas sobre las limitaciones en las facultades de los árbitros.

Alfredo Soria Aguilar: Buenas noches. Primero, agradecer la invitación de la Universidad Católica San Pablo, específicamente a la Facultad de Derecho, al doctor Mario Castillo Freyre y también al Círculo de Arbitraje con el Estado, representado por Abel Ruiz Bautista; y, poder dar unas palabras acerca de este excelente libro de la doctora Ludovina Villanueva Núñez, que tiene una claridad expositiva envidiable, es un texto que puede ser entendido muy claramente por un alumno de pre grado o personas que ejercen el arbitraje como abogado de parte o, inclusive, como árbitro. Me resultó una lectura bastante ágil, me invitaba a seguir leyendo y leyendo. Y es un libro —y es una calidad que no todos los libros tienen— que tiene la cita exacta cuando era necesario, la invocación de la norma cuan-

do correspondía y, por eso saludo bastante esta publicación de la doctora Ludovina Villanueva Núñez, por hacer esta contribución al ámbito del arbitraje nacional, y algunos criterios, inclusive, sirven para reflexión para el arbitraje internacional también. Es bastante meritorio que exista esta publicación.

Acá veo varias estudiantes y de repente colegas de género femenino, y las animo también a escribir y que lo hagan tan bien como lo hace la doctora Ludovina Villanueva, es un gran ejemplo. Les digo, lean esta obra y vean lo bien que se puede escribir, porque no hay muchos textos de mujeres árbitros o de abogadas que se dedican al arbitraje y que escriban sobre estos temas. Claro, las que escriben, escriben muy bien; pero, deberían, creo, ser más las mujeres que escriban y que tengan presencia en el mundo arbitral, y creo que es una preocupación también del Círculo de Arbitraje con el Estado, porque va a tener un congreso internacional de abogadas mujeres, así que es una importante tribuna en donde tienen que participar también las mujeres.

Entonces, saludo la publicación porque, desde el punto de vista académico, es de una claridad brillante, se puede recomendar como libro de texto a alumnos de pre grado; pero, también sirve para aquellos que ejercemos la actividad profesional en el arbitraje. En mi caso, yo estoy dedicado al cien por ciento al arbitraje como árbitro, y veo que muchas de las líneas son reflexiones, que sirven para el día a día, no solamente para la actividad profesional, sino para la reflexión acerca de lo que significan algunos de los temas que se plantean en esta obra. Entonces, quería pedir un aplauso para la doctora Ludovina Villanueva porque, en verdad, es una buenísima obra.

Bien, ahora respecto a lo que me preguntaba Abel, quiero comentar algunos temitas, algunos de los cuales han sido desarrollados por el libro de la doctora Ludovina Villanueva Núñez, denominado «Limitaciones en las facultades de los árbitros».

Lo primero, es lo siguiente. Como tenemos aquí público joven, están pensando en lo siguiente: «¿Cómo es esto de que habiendo suscrito un convenio arbitral y habiéndome sometido a arbitraje, es que tengo que ir al Poder Judicial?». Ésa sería la primera pregunta que seguramente le surge a quienes asisten a este tema y, de repente, no conocen mucho a profundidad los temas arbitrales, porque habiéndose suscrito un convenio arbitral, hay un sometimiento expreso de las partes a la jurisdicción arbitral y, final-

mente, a que la controversia sea decidida por un árbitro, no por el Poder Judicial; y, el hecho de tener un convenio arbitral significa, tiene un efecto negativo que va a hacer que el Poder Judicial se excluya de poder decidir esa controversia.

Entonces, ¿cómo es que ingresa el tema de los jueces en aspectos que están sometidos a un convenio arbitral? Lo que ocurre es que, si bien es cierto hay un sometimiento para decidir acerca de la controversia, para poder decidir la controversia, es necesario la colaboración de los jueces en determinados casos, no es una intervención, no es que el juez va a reemplazar al árbitro, no, sino que va a colaborar con esta actividad arbitral.

¿Cómo?, por ejemplo —y se describe muy bien en el libro de la doctora Villanueva—, cuando es necesaria una prueba y de repente para esa prueba es necesario el uso de la fuerza, recurrir a mecanismos coercitivos que no tiene el árbitro, para que puedan efectuarse o de repente para que una medida cautelar emitida por el árbitro pueda ejecutarse; entonces, en algunos escenarios va a ser necesario recurrir a la colaboración de los jueces, para que con sus facultades coercitivas puedan hacer efectivo aquello que se necesita para que, por ejemplo, una medida cautelar se haga efectiva o que de repente una eventual prueba pueda ser presentada ante el proceso arbitral.

Pero, esto no es tan recurrente, nos decía el doctor Mario Castillo Freyre, y es verdad. En el caso de la prueba, como hay una intervención, una colaboración judicial, el tema es que, si vamos a pedir el auxilio judicial, y las partes lo que quieren con un procedimiento de arbitraje es solucionar su problema de manera célebre, va a implicar un tiempo adicional al que inicialmente se tenía proyectado, entonces, muchas de las partes van a renunciar seguramente a solicitar esa colaboración judicial, en aras de que el arbitraje sea realizado con mayor celeridad.

Entonces, en algunos casos, no es que no se pueda, sí se puede; pero, seguramente se evaluará en el marco de las estrategias que se desarrollan en la defensa de cada una de las partes, si conviene o no solicitar la colaboración judicial para que una prueba con la que no se puede contar de manera voluntaria, se haga a través o con la colaboración judicial. Entonces, en algunos casos va a ser conveniente, en otros casos de repente no; pero, la norma precisamente plantea esa posibilidad, la posibilidad de recurrir a la

colaboración judicial en caso eso ocurra, no es muy recurrente, pero eventualmente puede ocurrir.

Y después surge la duda —que también se plantea en este libro—, acerca de por qué entonces se dice que el arbitraje es jurisdicción, porque si es jurisdicción, hablando en términos exactos, debería contar con todos sus atributos, que incluirían el *coertio* y el *executio*. Esta reflexión se desarrolla muy bien en la obra, no les voy a decir el final, para que lean y vean cuál es la posición del autor, que es muy interesante y, eventualmente, también se requiere la intervención judicial para la ejecución de medidas cautelares, y en esto creo que sí suele ser más recurrente, la participación judicial; aunque, como bien nos contó el doctor Castillo, en algunos casos no se sigue el trámite tan célere como quisieran las partes en el proceso o de repente los árbitros para impulsar estas medidas cautelares; a veces la medida cautelar no sale cuando está en manos del juez, y a veces se lauda antes de que ocurra, y eso es verdad.

Entonces, estos temas que sí son de interés para el arbitraje, se desarrollan en esta obra «Limitaciones en las facultades de los árbitros», que realmente les recomiendo. Tiene un total de 119 páginas, es muy rápida de leer porque está escrita con una redacción bastante ágil, se las recomiendo bastante. Muchísimas gracias.

Jorge Abel Ruiz Bautista: Bien, antes de ceder la palabra a la doctora Ludovina, quería permitirme agradecerle y felicitarla por esta publicación, y es importante lo que comentaba el doctor Alfredo Soria. CAE, el Círculo de Arbitraje con el Estado, busca de alguna manera resaltar la función que están cumpliendo las mujeres hoy en día en nuestra sociedad y, sobre todo, en el arbitraje.

Me alegra particularmente haber conocido al grupo de estudios de arbitraje de la Universidad San Pablo, agradecerle públicamente a Ana, a Maricarmen, a Maricielo, que nos han apoyado bastante. Cuando yo veo al grupo que está integrado por alumnas, estudiantes, pienso que Arequipa en algún momento va a dar pie a una nueva generación de mujeres que van a estar inmersas en el mundo del arbitraje.

Y, a propósito de eso, el 26 de noviembre, en Lima, se estará organizando la primera cumbre, el primer encuentro internacional de mujeres en el mundo del arbitraje, donde reuniremos a procuradores, a árbitros, a magistradas y secretarias arbitrales, como la doctora Ludovina, quienes

día a día ponen sus buenas prácticas y su experiencia para proteger y salvaguardar una institución muy querida y que poco a poco sigue creciendo en nuestro país, que es el arbitraje.

Los invito públicamente, la doctora Ludovina ya está invitada como expositora del evento, y también hablaremos seguramente de esta publicación tan importante porque, como lo decía el doctor Mario Castillo, son pocas las mujeres y reconocidas árbitros en Lima, que publican un libro, y es importante la labor de la *Biblioteca* del doctor Mario Castillo Freyre, por darle la oportunidad y hacer una invitación para que estudiantes mujeres y el público en general, sigan publicando, porque parte de la labor académica es plasmar las ideas en un libro, eso es algo meritorio.

Recuerdo haber escuchado qué es lo importante que debemos hacer en la vida. Había tres cosas que decían, la primera, tener un hijo, que la doctora ya lo tiene; hacer lo que a nosotros nos apasiona; y, publicar un libro. Entonces, creo que la doctora ya ha cumplido una de las tantas metas añoradas por muchos, y yo la felicito doctora y, bueno, agradezco la oportunidad.

Sin más preámbulos, quiero invitar a la doctora Ludovina, quién mejor que ella para presentar el libro y para contarnos las ideas, poner en el papel las ideas a veces no es muy simple. Entonces, invito a la doctora Ludovina, quien es abogada por la Universidad Católica Santa María de Arequipa, con maestría en la Universidad Abad Oliva de Barcelona, actualmente Secretaria General de la Cámara de Comercio de Arequipa, para quien pido un caluroso aplauso.

Ludovina Villanueva Núñez: Agradezco a la Universidad San Pablo, no es mi casa; pero, siempre me acogen como si fuera mi casa y, Mario, esto fue tan inesperado que cuando me dijiste que querías publicar ese trabajo de investigación, te dije de inmediato que sí, porque la verdad no me esperaba el interés que esto había despertado.

Perdónenme que me tome este momento, pero quiero agradecer a mi esposo, que está aquí conmigo desde las dos de la tarde. Él se dedica a otros temas, su labor es creativa y nada tiene que ver con estos temas técnicos; pero, el infinito amor que nos tenemos hace que sea posible y te agradezco Mauricio.

¿Por qué decidí escribir esto? Les confieso que mi vocación no fue editorial. Cuando a mí me dicen que tenía que graduarme, yo suelo ser medio

aplicadita y yo tenía que entregar un trabajo en un momento determinado, y dije: «Qué mejor que hacerlo sobre lo que yo sé hacer y lo que yo hago todos los días». Y lo que yo hago todos los días desde hace un buen tiempo atrás, es dedicarme al tema del arbitraje, como bien han dicho, trabajo en la Cámara de Comercio, y me encargo de la administración del centro.

Lo que pasa es que todos los días uno ve, la casuística hace que uno vaya viendo cosas y tratando de aplicarlas y tratando de mejorar lo que nosotros vamos viendo día a día. Entonces, una de las cosas que en realidad vemos todos los días —suerte Mario que no te ha tocado ver lo que a nosotros nos ha tocado, por la frecuencia que tenemos en la actualización de los procesos— y, en realidad, hay mucha renuencia o hay renuencia, por ejemplo, en el caso de las instituciones financieras, salvo el Interbank, y lo digo públicamente, porque el gerente legal del Interbank en un congreso, hace algunas semanas en Lima, públicamente dijo que ellos sí cumplían medidas cautelares.

¿En nuestra práctica qué sucede? Que las instituciones bancarias, por ejemplo, cuando algún tribunal arbitral solicita que se ejecute alguna medida cautelar, lo que ellos dicen es: «Que nos lo pida el juez». Entonces, lo más fácil para quien quiere asegurar que el resultado del proceso sea efectivamente ejecutable, es acudir a una institución financiera para embargar cuentas, para que no se ejecuten fianzas, en fin, para abrir cajas de seguridad; pero, los bancos no lo hacen, entonces, lo que yo decía era, y como bien dijiste Alfredo, si los árbitros pueden resolver la controversia, si las partes les dan las facultades para que se resuelva el conflicto, ¿por qué los no árbitros tendrían o por qué no darles la facultad, las propias partes, para que en caso alguna de ellas no quiera cumplir una ejecución cautelar, el árbitro tenga la posibilidad de hacerlo?, y esto no es que se haya originado de una idea espontánea o porque a mí se me ocurrió; no, lo que sucede es que esto ya se aplica en otros países; por ejemplo, en Ecuador.

Ecuador, si bien es cierto, tiene algunas cosas que no tenemos nosotros, que llevamos algunas ventajas; pero, en lo que respecta a medidas cautelares, sí, en Ecuador, por ejemplo, hay dos escenarios, el primero, en donde las partes le otorgan al árbitro la facultad para ejecutar las medidas cautelares, no necesariamente haciéndolo de manera voluntaria, sino, además, yendo directamente a la autoridad administrativa, a la autoridad política y a la autoridad policial. Entonces, el árbitro directamente le so-

licita al policía, por ejemplo, que vaya y lo acompañe a abrir una puerta porque quiere embargar algo. Eso es una práctica común. Entonces, o en todo caso, ninguna institución financiera podría decir que no, ante una solicitud de ejecución de medida cautelar, si es que las partes primero, la premisa es que las partes lo hayan decidido, que lo hayan acordado y no tendrían por qué decir que no.

Entonces, eso fue lo que me motivó, en realidad, a hacerme esas preguntas y en base a la práctica que vengo desarrollando, decir por qué no pensar que esto sí es posible, de tal suerte que las limitaciones que sí vemos todos los días, porque nosotros, les decía en la primera mesa, nosotros hemos resuelto procesos en un mes, desde que se instaló, porque las partes se encorsetaron y dijeron: «Que salga en un mes», y no hubo forma de decir que se ampliara el plazo, nosotros lo veíamos inviable, pero un árbitro se tomó en serio el tema, dijo que asumía el asunto y resolvió la controversia en un mes. Sin embargo, ese laudo, nosotros en nuestro centro le dimos la celeridad debida, al momento de ejecutarlo, no le fue posible ejecutar el laudo, en el tiempo rápido que se resuelve este tema, se quintuplicó, en fin, tanto tiempo, que la eficacia que tuvo para que le declaren el derecho no fue posible para la ejecución de ese derecho.

Eso fue lo que a mí me llevó a reflexionar respecto de por qué no darle, no en todo. Mario hablaba de la posibilidad de ejecutar laudos, yo no conozco de ninguna legislación que le haya dado esa posibilidad a los árbitros, entonces, ¿por qué no comenzamos por lo menos?, y lo menos son medidas cautelares, en tanto, digo yo porque ésa es mi propuesta, si las partes lo acuerdan expresamente en el convenio arbitral, el árbitro o las partes ya no tendrían que solicitar el auxilio judicial para que se ejecute esa medida. Pero, esto es como una primera parte de lo que en realidad he venido reflexionando, y creo que existen muchas posibilidades, es una parte, es un capítulo de lo más que podría abordarse en este tema.

Bueno, yo no sé qué más decir, no sé si haya alguna pregunta; pero, solamente concluyo dando, nuevamente, infinitas gracias a Mario, el libro está precioso, me encantó, yo lo acabo de ver, no lo había visto, pero tenía la plena confianza de que iba a ser un libro impecable, por el trabajo tan serio e impecable, repito, que hacen la *Biblioteca* y el Estudio de Mario, quedo muy muy agradecida. Si hay alguna pregunta, a su disposición. Permiso.

MESA 8: «PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE»

Fabiola Paulet Monteagudo¹

Alfredo Soria Aguilar

Gustavo de Vinatea Bellatín²

Mario Castillo Freyre

Jorge Abel Ruiz Bautista

Abel Ruiz Bautista: Bien, ya para cerrar con broche de oro, vamos a hablar de un tema de coyuntura, que es el panorama actual del arbitraje en el Perú. El objetivo de la mesa, es abordar las últimas modificaciones del Decreto Legislativo n.º 1444, que modifica el artículo 45 de la Ley de Contratación con el Estado, la Ley n.º 30225, reflexionar sobre cuáles son los retos, los paradigmas y los desafíos, que el Perú tiene que afrontar para seguir defendiendo el arbitraje.

En ese sentido, voy a tener el honor de presentar a una de mis maestras, colegas y, considero, amiga, que también está en el mundo del arbitraje, la doctora Fabiola Paulet, quien es abogada, actualmente preside la Cámara de Comercio de Huancayo, que viene organizando un congreso muy importante que se llevará a cabo los días 14 y 15 de diciembre, en la

¹ Profesional con más de diez años de experiencia, abogada titulada por la Universidad de San Martín de Porres y admitida en el Colegio de Abogados de Lima (1995), magíster en administración (MBA) con mención en finanzas y derecho corporativo por la Universidad ESAN (2010), con estudios de Postgrado en gestión de las adquisiciones públicas por la Universidad de Lima (2005), diplomada en arbitraje en la contratación pública por la Universidad Ricardo Palma (2007) y diplomada en recursos humanos por la Universidad Ricardo Palma (2002).

² Abogado, máster en administración pública; experto en arbitraje, negociación y solución de conflictos; con veinte años de experiencia profesional en cuatro de los principales estudios de abogados del país; asesor de cuatro ministerios y un viceministerio de Estado del Perú; director senior de la más importante consultora de comunicación de América Latina y España; exdirector de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa; catedrático, árbitro y consultor independiente.

hermosa ciudad de Huancayo, en el cual el CAE, con el compromiso de difusión del arbitraje y de la contratación pública, va a apoyar, y desde ya esperamos su asistencia.

Pido un fuerte aplauso para la doctora Fabiola Paulet, a quien invito al podio. Por favor, doctora Fabiola.

Fabiola Paulet Monteagudo: Muy buenas noches. Ante todo, muchísimas gracias al Círculo de Contrataciones con el Estado-CAE y a la Universidad Católica San Pablo; y, por supuesto, a ustedes que están acá presentes.

Esta noche me convoca compartir con ustedes algunas posiciones que de pronto van a parecer provocativas, contestatarias; pero, en este momento, en este preciso momento, me estoy poniendo el gorro de estrictamente académica, voy a cuestionar hasta aquello que yo en mis feros internos creo, y lo voy a cuestionar porque quiero confirmar si lo que yo creo en mis feros internos es correcto o, de pronto, hay que rectificar y cambiar.

Panorama actual del arbitraje, ¿qué agenda les he propuesto? La lucha entre el arbitraje *ad-hoc* versus el arbitraje institucional, esta lucha continúa. Segundo punto, el RNA, marchas y contra marchas. Tercer punto, no menos polémico, las designaciones frecuentes. Cuarto punto, la notificación obligatoria del laudo en el Seace.

Para empezar, el arbitraje *ad-hoc* versus el arbitraje institucional. Si quisiéramos simplificar y tener una comprensión sobre el arbitraje institucional, seguramente les van a decir que el arbitraje institucional es aquel que tiene un reglamento arbitral, las reglas están tazadas, las reglas están pre establecidas y te da cierta seguridad jurídica que, al momento de tener una controversia, tú sabes cuáles son las reglas del juego. Pero, en arbitraje en contratación pública, me refiero al arbitraje *ad-hoc*, ustedes van a leer, bueno, el arbitraje *ad-hoc*, básicamente lo que pasa, es que es muchísimo más flexible, porque son las partes quienes fijan las reglas. Mientras que en un caso tenemos un centro de arbitraje institucional, en el otro caso, tenemos a las partes que fijan las reglas.

¿Y esto es así de cierto? Si ustedes se ponen a reflexionar o se emite una directiva, una directiva que obliga a los árbitros, al momento de instalar los tribunales arbitrales *ad-hoc*, a seguir las pautas, modificar esas reglas del juego del proceso arbitral, no resulta muy simple.

Segundo punto, el arbitraje institucional tiene una nómina de árbitros y eso, sin duda, le da mucho más prestigio, hay un filtro de árbitros, hay un respaldo por una marca determinada; y, ¿en el arbitraje *ad-hoc*?; ¿acaso no existe el Registro Nacional de Árbitros? ¿No es OSCE quien verifica que, en efecto, los árbitros que pretendan arbitrar en contratación pública, tengan las tres especialidades, y si son árbitros de parte que tengan en contratación pública 120 horas, y si son presidentes de tribunal, además, tienen que ser abogados?

Entonces, vamos con el tercer *check*. Si ustedes me dicen, por ejemplo, ¿qué hay sobre el código de ética?, un centro de arbitraje tiene un código de ética, ¿el arbitraje *ad-hoc* tiene un código de ética? Nuevamente sí, porque otra vez OSCE regula el código de ética para el arbitraje *ad-hoc*.

Vamos con otro *check*, las designaciones y recusaciones. Y, claro, las designaciones y recusaciones en los centros de arbitraje tienen sus propias pautas y, en el arbitraje *ad-hoc* también, hay una directiva para decir cómo designas un árbitro. La directiva de OSCE tiene una fórmula matemática que te señala cómo designar un árbitro y tiene una cuota de discrecionalidad muy pequeña, la conozco porque en su momento la promoví como tal.

Pero, en el arbitraje institucional, ¿cuáles son las reglas del juego?, ¿realmente rota la lista?, ¿realmente son las especialidades las que se privilegian?, ¿son los mejores los que tienen los mejores casos?, ¿siempre se da a los más grandes los casos más grandes y los pequeños o solamente los más grandes? Estas preguntas no las van a poder responder porque, a diferencia de las directivas del OSCE, tiene eso todo tasado y, por supuesto que tiene un grado de discrecionalidad, pero muy acotado.

Y si vamos a las recusaciones, nuevamente tiene una directiva; pero, la diferencia de OSCE es que las directivas de recusaciones no solamente te dicen qué es lo que van a hacer, sino OSCE publica, repito, publica, todas sus decisiones en recusaciones, es decir, ustedes tienen una línea de predictibilidad, más allá de que estén de acuerdo o no, pero ustedes saben a qué se atienen, saben lo que OSCE considera como recusación fundada o no fundada.

Y en los centros de arbitraje, ¿están publicadas esas decisiones?, nombrenme uno que haya publicado esas decisiones. Finalmente, si nosotros quisieramos reflexionar sobre esto, les he traído acá un cuadro compa-

rativo, y la pregunta que les quisiera formular y me formulo yo, en esta posición de tratar de cuestionarlo, este arbitraje *ad-hoc*, repito, en contratación pública, está absolutamente supervisado por OSCE, tiene reglas claras, entonces, ¿en qué se diferencia del arbitraje institucional?, ¿cuál es la garantía?, ¿por qué hay esa guerra entre el arbitraje institucional versus el arbitraje *ad-hoc*?

¿Saben lo que dice la exposición de motivos?, y se los voy a leer, solamente cuatro líneas. Esto señala para sustentar: «Originalmente el numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado, permitía que las partes acuerden recurrir a un arbitraje institucional o *ad-hoc*, indistintamente, para la solución de controversias; sin embargo, a través del Decreto Legislativo n.º 1341, que modifica dicha ley, se instituyó la excepcionalidad del arbitraje *ad-hoc*, debido a las ventajas y bondades que tiene el arbitraje institucional frente al *ad-hoc*, como es el caso de la transparencia.

¿Trasparencia? ¿Quién publica las designaciones, las recusaciones, los laudos, las sanciones? ¿Quién los publica? ¿No publica todo el *ad-hoc*? Y no es porque quiera publicarlo, es porque hay directivas de OSCE que obligan a publicar todas esas decisiones. Entonces, tú te preguntas: ¿Transparencia?, ¿quién es más transparente, el arbitraje *ad-hoc* o el arbitraje institucional?

Segundo. Debido a otras bondades, a las reglas prestablecidas. Reglas prestablecidas, lo habíamos señalado, por un lado, tenemos el reglamento arbitral; pero, en el *ad-hoc*, tenemos una directiva que te dice cuáles son las reglas del proceso arbitral y, si quieres modificarlas, pues va a tener alguna dificultad, porque tienes que lidiar con los funcionarios de OSCE para tal efecto.

Especialización de los árbitros. No lo sé, no podría afirmarlo ni negarlo; pero, lo que sí podría afirmar con certeza es que es OSCE quien está atento y verificando y supervisando que lo que tú has declarado en el Registro Nacional de Árbitros es cierto, es verdadero.

Entonces, ¿cuál es la tarea?, ¿por qué *ad-hoc* versus institucional? En mi modesta opinión, creo, y eso sí, mis foros internos, porque estoy en esta posición contestataria; yo creo en la competencia, creo que una institución arbitral tiene que estar legitimada por la sociedad, no solamente porque haya un monopolio legal y porque así alguien lo decidió. Creo que las instituciones arbitrales tienen que tener buenas prácticas. ¿A qué se refieren con buenas prácticas? Para no ser muy romántica, pues bien, ¿tú

quieres diferenciarte del *ad-hoc*? , pues asegura que los arbitrajes sean más céleres, ponte indicadores de gestión. ¿Quieres generar buenas prácticas? OK, ponte un indicador de gestión de cuántos casos en las instituciones arbitrales han tenido que enfrentar casos de corrupción porque, finalmente, estas instituciones aceptan o no aceptan árbitros en su nómina. Entonces, tienen una cuota de responsabilidad, de modo indirecto, es cierto, pero alguna cuota tienen.

¿Qué otras buenas prácticas podríamos incorporar? Seguramente podríamos de esto charlar mucho, podríamos aprender algunas buenas prácticas del arbitraje institucional, creo que la labor de un centro arbitral para que se desmarque de un arbitraje *ad-hoc*, es que sea esa garantía; esa garantía en la cual nosotros no la tengamos solamente por un mandato legal, sino como una práctica genuina de todos los centros arbitrales.

Quizá los centros de arbitraje que están en las capitales de provincia, con mayor o menor desarrollo, nos puedan dar mayores garantías. Pero, señores, Lima no es el Perú; Lima no es el Perú, Esto tiene que ser transversal, esto tiene que ser de todos. Los dejo con estas reflexiones y pasamos al siguiente punto.

Registro Nacional de Árbitros, marchas y contramarchas. Voces que se desgarran las vestiduras y dicen: «No puede ser, ¿por qué en el Registro Nacional de Árbitros tienen que estar los árbitros que ejercen arbitrajes institucionales? Solamente deben ser por los *ad-hoc*». Uno de los argumentos para que señalen eso es, bueno pues, un privado, si pierde; pierde el privado y qué importa; pero, un público, claro, tienen que tener una mayor fiscalización, no cualquiera puede ser árbitro del Estado, y hasta ahí pueda ser que convengo.

Hay otras cosas que también nosotros tenemos que evaluar, una pregunta tan simple, ¿cuántos árbitros especializados hay en el Perú?, el único momento que tuvimos ese dato, ¿saben cuándo fue?, cuando estuvo vigente la Ley n.º 30225, cuando estuvo en puridad vigente, en ese momento se registraron todos los árbitros, tanto para hacer arbitraje institucional como *ad-hoc*, porque si no, no podías ejercer. Fue el único momento, estadísticamente teníamos el número, sabíamos quién era y, finalmente, si tanto nosotros queremos salvarnos de la corrupción, ¿solamente se van a enlistar a los que arbitran por lado del Estado? y ¿qué pasa con los privados?; o sea, ¿la corrupción sólo podría venir por parte del Estado?

Yo creo que ahí esos argumentos no me terminan de convencer, creo que, si quieras hacer arbitraje en contratación pública, asume el reto, no importa si es arbitraje institucional o *ad-hoc*, tienes que estar en el Registro Nacional de Árbitros, es una posición absolutamente personal. Y es lo que tenemos hoy, hoy con estas marchas y contramarchas, primer momento del escenario, para ser árbitro tenías que, institucional, ejercer una función de arbitraje en un arbitraje institucional o *ad-hoc*, RNA. Segundo momento, si quieras ejercer en algún arbitraje *ad-hoc*, tenías que estar en el SNA, sacaron al arbitraje institucional. Tercer momento, que ya es este momento, que dicen: «Bueno, solamente necesitas ser RNA para el *ad-hoc*»; y, en el tema de institucional, no. Se ha agregado que, si hay una designación residual para presidente o árbitro único, sí, necesariamente, tiene que estar también en el RNA. Pero, bueno, estas diferencias, como ustedes ven en la norma, no las comarto, por las razones que les he manifestado.

Y, vamos a este tema también tan polémico, yo he estado atenta en diversas posiciones y exposiciones a lo largo del año, porque he querido un poco nutrirme de maravillosos ponentes que he tenido a bien seguir; pero, también tener una voz diferente. Yo les pido que tengan la paciencia suficiente, porque de pronto lo que les voy a decir no es muy cómodo, pero creo que en necesario decirlo.

Si vamos a las designaciones frecuentes, lo primero, señores, que tienen que decirles, y que nadie se los dice, es lo siguiente: «Nosotros tenemos un mercado de compras públicas, en el Seace, que es donde se registran todos los contratos; existe en el 2017, sólo en un año, 155,000 contratos, aproximadamente, repito, 155,000 contratos, aproximadamente, y ustedes se preguntan ¿y cuántos árbitros hay? Oficialmente, porque hubo este marco de tiempo en el que estuvo vigente la Ley n.º 30225, donde era obligatorio registrarse sea *ad-hoc* o institucional; 712, ustedes saquen la cuenta, 20% o 10%. La pregunta es: ¿existirá frecuencia?, por supuesto que va a haber frecuencia, va a haber designaciones reiterativas, porque ves un número reducido de árbitros especializados frente a un número importante de contratos.

Pero, si ustedes lanzan una estrategia, no solamente les va a importar a ustedes que sean especializados, les va a importar que tengan la reputación, les va a importar estudiar sus laudos y que, seguramente, de acuerdo a la línea de estrategia que tengan, tengan una línea similar a lo que ustedes

creen, sería bastante absurdo que elijan a un árbitro que ya ha laudado y ha tenido una posición en contra en forma reiterativa sobre algo, podría negarse a la defensa, tratar de buscar un árbitro que más o menos tenga una tesis similar a la que él considera justa, y se va a reducir el número.

Esto es, cómo se comporta el mercado de compras públicas con relación al arbitraje *ad-hoc*. En resumen, lo que quiero probarles en números, es que las designaciones frecuentes son algo común, es cómo se comporta el mercado; es lo que tenemos. La plaza del Perú es una plaza privilegiada, es donde más arbitrajes hay. Pero, éstas son las consecuencias que no tendrían por qué ni ponernos tristes ni contentos; es la realidad y simplemente hay que manejar este dato.

¿Qué nos dicen las directrices IBA al respecto? Quiero señalarles que estas directrices, muchas veces, se toman solamente de referencia; obviamente, esto se aplica al arbitraje internacional con mayor fuerza, es lo que denominan el *soft law*; pero, son un buen referente, realmente es un instrumento bastante valioso y que yo los invito a que lo revisen.

Pero, cuando citan las reglas IBA en muchos eventos, ustedes se van a dar cuenta de que las citan de manera incompleta; no citan las letras pequeñas. Así que yo les voy a citar las reglas IBA de manera completa, ¿qué dicen? En el listado naranja de las reglas IBA, se señala: «Dentro de los tres años anteriores, el árbitro —es una de las limitaciones que tienes cuando tienes que revelar— ha sido designado como árbitro en dos —repito, en dos— o más ocasiones por una de las partes o por una afiliada de éstas».

¿Qué es lo que te está diciendo? Te está diciendo lo siguiente, si tú designaste alguna vez a un árbitro que se llama Pepe, no lo vuelvas a designar. Es como una recomendación. Si lo has designado más de una vez, lo tiene que revelar; pero, ya está en ámbar, que es una alerta; ámbar es alerta, es decir, «Ok, estate atento, esto es un ámbar».

Esto está perfecto para los arbitrajes internacionales, claro, 50 arbitrajes al año ¿Cuántos arbitrajes hay en el Perú?, si solamente juntamos 2 o 3 centros de arbitrajes, señores, que no les sorprenda que largamente salen 2000 arbitrajes, y no tengo el dato porque si sumara a todos los centros de arbitraje en el Perú, quizás llegaríamos a más, y si sumamos al arbitraje *ad-hoc*, quizás hasta duplicamos.

Entonces, esto es lo que te dicen las reglas IBA y, en base a estas reglas IBA, existen posiciones en diversos foros académicos que señalan pues, que

es una mala práctica designar más de una vez a un árbitro, que seguramente es el preludio de un acto de corrupción. Yo creo que esas frases están un poco exacerbadas, dado al contexto que estamos viviendo en este momento. Pero, para mí, académicamente es importante que ustedes tengan la información completa.

¿Qué dicen las propias reglas IBA? Dicen, es verdad; es en el listado naranja y es ámbar, pero tienen una Nota 8, un pie de página. ¿Qué te dice ese pie de página? En simple te dice que la regla de la frecuencia no es ningún problema cuando se trata de un arbitraje especializado, como el arbitraje deportivo o el arbitraje marítimo, o cuando es común que se elija a un árbitro de un colectivo pequeño y especializado.

Me pregunto, 700 árbitros respecto a 155,000 contratos, ¿no es un colectivo pequeño y especializado? Me pregunto, el arbitraje en contratación pública ¿no es especializado?

Entonces, las propias reglas IBA señalan, inclusive las reglas IBA hasta me parecen bastante osadas, porque señalan que, en esa circunstancia, que cuando ocurra eso, ni siquiera es necesario poner de manifiesto esas circunstancias, es decir, en otras palabras, cuando ocurra esto, no estás, entre comillas, obligado a revelarlo.

OK, yo siempre sugiero revelar; pero, vamos al análisis de estas reglas IBA. Y si nos vamos a Perú, venimos a Perú y nos vamos a OSCE. OSCE, como ustedes saben, tiene por una de sus funciones principales interpretar la norma, y lo hace a través de opiniones, lo hace aplicando, obviamente, la norma también, y hay una resolución, en realidad varias, pero voy a citar solamente una, la Resolución n.º 391-2016, que sobre designaciones frecuentes, te señala lo siguiente: «La designación frecuente per se, no justifica el apartamiento de forma automática del árbitro [...]», y OSCE continúa, cuando existe una designación frecuente, primero es, ¿lo reveló?, ¿sí o no?, sí, perfecto.

Dos, esa frecuencia que tiene con relación a esos casos, ¿tiene algo que ver con este caso en concreto? Porque si tiene que ver, tiene muchísima relevancia y, seguramente, van a haber complicaciones; pero, si no tiene que ver, entonces, el estándar se complica más para identificar cuándo sí y cuándo no apartar un árbitro.

Y, luego, en tercer término, OSCE te señala en palabras simples, que deberá evaluarse la circunstancia o el hecho que permita inferir —ni si-

quiera dice «comprobar»—, que afecta al caso concreto arbitral que se está cuestionando una supuesta recusación.

Entonces, en esta situación, si quisiéramos citar a varios autores, si citamos a Rodolfo Miranda, dice: «En efecto, la designación frecuente genera una desconfianza, pero no podría generalizarse, debería estudiarse caso por caso para ver a qué se debe». ¿Se debe porque designó frecuentemente a ese árbitro porque es especializado en la materia? ¿Porque tiene reputación o por qué otra circunstancia? Pero, no necesariamente *a priori* tacharlo. Y, si vamos con González de Cossío, que también es otro autor que me agrada bastante, dice: «No es infrecuente que el árbitro sea designado o nominado en diversas ocasiones».

Entonces, la pregunta es, si ustedes deciden designar una sola vez en su vida a un árbitro, está perfecto, es su decisión; es su estrategia, y eso está bien tanto para los estudios de abogados o para las entidades del Estado; pero, lo que sí tienen que tener claro, es cuáles son las normas del juego y si las aplican o no.

Finalmente, recogiendo la reflexión del doctor Wong, si el privado pierde, como bien lo señala él, su efecto es solamente para el privado; pero, si nosotros que somos representados por los procuradores y las entidades, perdemos porque no designó un árbitro especializado en la materia, pues, las responsabilidades o las reflexiones del caso, porque no pierde solamente esa procuraduría, finalmente perdemos todos, una sociedad en conjunto.

Y, sobre esto, podríamos discutir, ¿tendría que haber algún estándar? Seguramente, podríamos nosotros discutir, sí. Probablemente, debería haber algún estándar adicional. Dado que, si bien es cierto las reglas IBA son un buen referente, no existe la posibilidad de que en el arbitraje internacional se tenga, pues, dos mil casos al año, sino cincuenta, ¿no?

Entonces, les dejo en este punto sí, una reflexión, y más que reflexión, preguntas planteadas a ustedes como parte dependiente de reflexiones permanentes. ¿Qué es lo que en mi opinión personal debería OSCE asumir? ¿Un rol? Yo sí sueño con que OSCE asuma un rol supervisor, no que administre arbitrajes porque el SNA de OSCE, en verdad, es subsidiario, y creo que ya su labor de educar, de enseñar a los medios arbitrales se ha cumplido, ya hay muchos centros de arbitraje en el Perú. Más de uno en muchos lugares, entonces, creo que ya cumplió su rol.

Sí creo que debe tener una labor de supervisión, de especialización de los árbitros, por supuesto, de las cortes de arbitraje también. Si ustedes revisan las cortes de arbitraje, no les llame la sorpresa que van a encontrar que aquéllos que resuelven temas sobre árbitros, sean designaciones, recusaciones o sanciones, pues, encuentran penalistas, laboralistas y no es que está mal esa profesión, pero lo que tú esperas es que no tiene mucho sentido que se le exija al árbitro una especialización y quien va a resolver sobre un tema vinculado al árbitro, no tenga una especialización igual o mejor a ésta, ¿no? Secretarios generales, creo que ayudaría mucho para el dinamismo del arbitraje; centros institucionales, de todas formas.

Y creo que sí, los pronunciamientos de OSCE sí deberían formar parte de lo que nosotros conocemos cómo el *soft law*, cómo las buenas prácticas, cómo las costumbres, la doctrina, la jurisprudencia, deberían formar parte del paquete supletorio; si quieren, o accesorio de los reglamentos de arbitraje, porque no tiene mucho sentido que los centros arbitrales, por ese tema de autonomía, puedan ir en un sentido absolutamente opuesto a OSCE, porque al final el arbitraje es uno y el sistema arbitral es uno.

Y si nosotros queremos que esto se fortalezca, necesitamos que haya una cierta, no total, pero alguna mínima trazabilidad, estandarización, predictibilidad, reglas claras ¿Cómo nos vamos a desmarcar o mejorar como una opción fuerte y buena y rápida y célebre y predictable, si no tenemos estas reglas del juego?, ¿cómo nos vamos a desmarcar del Poder Judicial si todavía, dependiendo del centro de arbitraje, tiene sus propios criterios? Entonces, creo que esto, este tipo de estandarización, a lo largo de todo, mínimas, podrían ayudarnos como institución a crecer.

Y, ya para finalizar, aquí les quiero compartir una experiencia. Cuando me tocó ejercer la función de Directora de Arbitraje del OSCE, en ese momento soñamos, tuve un equipo maravilloso, conocí a personas que realmente se compraron el sueño, y creamos una figura que se llamaba el «récord arbitral».

El «récord arbitral» no solamente ha tenido premios entre nacionales e internacionales, y de los internacionales la OEA, quiero recalcar, la OEA, no es poca cosa. Inclusive, en algún momento, con el Reglamento de la Ley n.º 30225, hubo una disposición complementaria del reglamento que obligaba al OSCE a actualizar este «récord arbitral». Lamentablemente, las

gestiones cambian, y cuando cambian gestiones, pues, simplemente dejaron de actualizarlo.

¿Qué es lo que hay hoy? Hoy han sacado el RNA. El RNA era un módulo del «récord arbitral», hoy han sacado un banco de laudos, el banco de laudos era un módulo del «récord arbitral»; y, así, yo les podría contar las bondades de este «récord arbitral». Hoy, cuando ustedes van al banco de laudos y quieren saber algo, les piden cinco; cinco datos que tienen ustedes que ingresar en la página web para que les den una respuesta. En el «récord arbitral» era gratis; era un solo *click*, y bastaba con que pusiera un DNI. Si en este momento ustedes quisieran saber todo de mí en arbitraje, ponían un DNI y automáticamente en un solo *click* y en un solo pantallazo, les decían con quiénes arbitró, cuántas veces arbitró, cuántas instalaciones, si tiene recusaciones, si tiene sanciones y, lo más hermoso, los laudos. Señores, ustedes estudian el laudo de los árbitros y lo van conociendo. Los árbitros, querámoslo o no, tenemos alguna tendencia doctrinaria, entonces, es la mejor forma de conocer y elegir al árbitro con mayor certeza.

Hoy todo eso ha sido, de alguna forma, presentado en módulos independientes. ¿Por qué nació el «récord arbitral»? Nació por dos razones. En un momento, se acercó a la Dirección de Arbitraje una persona bastante humilde y le pedía y le suplicaba al profesional que estaba a cargo, al especialista, que, por favor, atendiera su caso, que el TUPA señalaba que tenía el caso que resolverse en quince días, pero ya iba como dos meses; y, por favor; en la siguiente oportunidad dejó un chocolatito, uno pequeño, un detalle.

En ese momento, yo me pregunté ¿qué pasará en la siguiente oportunidad? Es el Estado que tiene que poner de rodillas al ciudadano. Si el TUPA dice que tiene que hacerse en 20, 30 o 40 días, se tiene que hacer en ese tiempo. Lo contrario es incentivar prácticas perversas, porque el ciudadano se desespera, tiene problemas, por alguna razón necesita ese procedimiento rápido.

Entonces, esto a mí me invitó, ésta es la cara interna del «Récord arbitral» que pocos conocen, tenía el mapeo de proceso, la simplificación administrativa, la celeridad y los indicadores de gestión. Todos mis profesionales tenían indicadores de gestión, todos, no había un solo expediente no identificado y que no se supiera si estaba retrasado o no y por qué estaba retrasado.

Pero, el lado que ustedes de pronto pudieron conocer en algún momento, porque hoy ya no está, no está como se presentó en aquella ocasión, era lo que yo les comentaba. Ustedes simplemente ponían el DNI de la persona y automáticamente les decían sus designaciones de árbitro, sus instalaciones, los laudos, sus recusaciones, tenían también sus especialidades, como ven ustedes en pantalla, les decían si eran árbitros del SNA de OSCE o no, en fin. Yo podría quedarme acá conversando de este producto, es un tema muy personal; pero, creo, sé que soy una voz solitaria, pero si ustedes consideraran y lo tuvieran a bien, sí nos ayudaría mucho que regrese el «Récord arbitral», es poder de información en un solo *click*, que nos hagan el trabajo simple.

¿Está publicado todo lo que les digo? Sí, pero, señores, ¿quién de ustedes tiene tiempo para estar horas de horas navegando, solamente para averiguar cuántas designaciones tuvo?, banco de laudos con cinco datos que prácticamente tienes que saber de quién se trata porque si no, es imposible; las recusaciones, también hay que tenerlas; sanciones, también.

Este instrumento, nuevamente tenemos un reglamento, me animaré seguramente a pedirle a Jorge y a abusar de su gentileza, a que me convoque a otros eventos porque quiero ser una voz que llame, que invite, lo necesitamos, señores, ustedes se lo merecen, esto fue hecho para el ciudadano, para nosotros. Y no lesuento más del «récord arbitral», porque creo que ya me estoy pasando de la hora; pero, ésta era la segunda versión, era hermoso porque ustedes podían poner árbitro contra otro árbitro y te salía todo el listado o podías poner el nombre de la entidad y te salía cuántas veces lo había designado. Maravilloso, eso era poder de información.

Pero, en fin, pasemos a lo siguiente, el plan original era primero el ABC del arbitraje; segundo, el estudio de laudos, se logró porque se publicó en la gestión que tuve a bien, más de dos mil laudos en seis meses, que fue un hito y, a partir de eso, se hicieron publicaciones, capacitar a los árbitros, contratistas y funcionarios. Finalmente, que era el sueño, logrado todo esto, la etapa final era generar competencia entre los árbitros, porque con toda esta transparencia de información, tu sabías muy bien quién es el árbitro «demorón», si se demoraba o no se demoraba, si era eficiente, cómo resolvía, si le anulaban los laudos o no, vaya que de veinte laudos le anulen quince, pues, alguna alerta te tenía que dar. Eso era el tema de compe-

tencia, competencia que se iba a generar entre los árbitros y seguramente, todos bajo esa línea, iban a querer tener su mejor performance.

Bueno, eso es lo que les he traído hoy. Gracias por permitirme compartir mis experiencias personales también, y espero que haya sido de su agrado. Muchas gracias.

Jorge Abel Ruiz Bautista: Agradecemos la participación de la doctora Fabiola Paulet.

Voy a invitar al doctor Alfredo Soria. El doctor Alfredo Soria es árbitro adscrito al Centro de Arbitraje de la Cámara de la Pontificia Universidad Católica, Cámara de Comercio de Lima, el OSCE; es docente universitario en diferentes casas de estudios; y, abordará las reflexiones sobre el Decreto Legislativo n.º 1444, algunas modificaciones al artículo n.º 45. Lo recibimos con un caluroso aplauso.

Alfredo Soria Aguilar: Muchas gracias. Yo más bien voy a hablar un poco genéricamente de lo que significan los cambios y por qué; pero, desde un punto de vista particular, yo no represento al OSCE, yo soy un árbitro, me dedico 100% al arbitraje, pero, como árbitro, hablaré lo que veo desde afuera y por qué, porque los expositores siguientes, los panelistas siguientes van a hablar de temas puntuales, entonces, no quiero quitarles espacio, porque ya algunos temas se han abordado y no quiero repetir.

Entonces, básicamente la pregunta iría por este lado, quien conoce más o menos el tema de arbitraje o conoce básicamente conceptualmente el arbitraje, sabe que las reglas relativas al arbitraje son generalmente supletorias, responde normalmente a la dinámica del derecho privado. El arbitraje surge inicialmente en el marco del ámbito privado; pero, como el arbitraje fue una solución eficiente para la solución de controversias, fue traído al escenario de la contratación con el Estado, porque imagínense ustedes si es que potencialmente están pensando en ser proveedores del Estado, si es que dentro de las diferentes decisiones que tuvieron que tomar, estaría también el hecho de que si es que gana la buena pro, firman el contrato y no les pagan, tuvieran que ir al Poder Judicial, tendrían ahí un primer gran tema. A ver, el Poder Judicial no es un mecanismo de solución tan célebre como de repente lo puede ser el arbitraje, si no hubiera una institución, si es que no se viera al arbitraje como alternativa de solución o como medio de solución de controversias en la contratación pública, sería un elemento

más a tomar en cuenta por parte de los contratistas, que podría, inclusive, implicar que muchos contratistas no contraten con el Estado.

Entonces, una figura que nace en el ámbito privado es tomada, acogida por el derecho público; pero, ¿cuál es la gran diferencia entre un escenario y otro?, la gran diferencia es la siguiente, que, por ejemplo, el marco de la contratación civil, es un marco totalmente distinto a la contratación pública; en el marco de la contratación civil, ustedes saben que podemos pactar libremente el contenido de los contratos y que las normas en el ámbito civil son supletorias a la voluntad de las partes.

Yo en mi contrato puedo establecer una estipulación que sea distinta a lo que dice la ley. ¿Por qué? Porque en el ámbito civil, las normas son supletorias a la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas, y eso lo reconoce expresamente el Código Civil en el artículo 1356. Entonces, en el marco del derecho civil, cuando yo firme un contrato, si hay cuatro o cinco reglas que no me gustan, reglas legales acerca del tema que quiero regular, la respuesta es muy sencilla, me he autorregulado, es decir, pacto y con eso soluciono el problema, salvo que la norma sea imperativa.

¿Qué ocurre en el ámbito de la contratación pública? Las normas son imperativas, no son supletorias; las normas son imperativas.

¿Qué otra diferencia hay entre la contratación civil y comercial y la contratación pública? En la contratación civil y comercial existe la libertad para contratar, ustedes como personas pueden decidir el día de hoy vender un bien y a quién vendérselos y son totalmente libres de tomar esa decisión; en cambio, el Estado tiene que seguir unos lineamientos y unas pautas para poder salir a comprar, por ejemplo, para contratar, no puede contratar por contratar y, es más, no puede contratar con quien quiera, ¿por qué?, porque no son recursos de la persona que va a tomar la decisión de contratar como en el caso del ámbito privado, yo finalmente si quiero comprar y quiero comprar caro, es mi decisión y es mi dinero, la decisión va a repercutir en mí y no en otros; en el caso de la contratación pública, sin embargo, estamos en presencia de recursos públicos y por eso hay una regulación que es estricta.

Esa regulación estricta se ha trasladado también al arbitraje, por eso es que hablaba de este tema de la diferencia entre contratación civil y contratación pública. Esta regla imperativa también se impone para la figura del arbitraje, y por eso es que resultan tan relevantes las reflexiones que ahora

en este panel se están desarrollando ¿Por qué? Porque a diferencia de lo que ocurre en una regulación de arbitraje, en la Ley de Arbitraje general, no en las normas de arbitraje en contratación pública, en las normas de arbitraje general si algo me dice la norma, eventualmente, yo tengo la solución. No me gusta, pacto en contrario, establecemos una reglamentación al momento de la instalación, si es que hubiera una instalación, de manera distinta o establezco las reglas en un orden procesal, totalmente diferente a lo que me diga la ley. ¿Por qué? Porque la ley es supletoria.

Eso ocurre en el marco de la contratación privada, en el marco también del arbitraje, pero civil y comercial. Pero, eso no ocurre en el marco de la contratación pública, en donde existen reglas de carácter imperativo. Entonces, cuando la norma de contratación pública me dice, por ejemplo, que debería privilegiarse el arbitraje institucional y solamente de manera residual el arbitraje *ad-hoc*, pero eso no ocurre en el marco de la contratación pública, en donde existen reglas de carácter imperativo. Entonces, cuando la norma de contratación pública me dice, por ejemplo, que debería privilegiarse el arbitraje institucional y solamente de manera residual el arbitraje *ad-hoc*, es así y no cabe la posibilidad de ir en sentido contrario.

Ése es el tema de la relevancia, de los cambios normativos que hay y pueden tener diferentes justificaciones, puede haber diferentes justificaciones de por qué una regla es tan dura, porque a veces se prefiere tomar una decisión normativa, en lugar de otra. Pero, sin duda, una de las cosas que yo creo que es un mito al momento de que se establecen las reglas respecto al arbitraje, es que se piense que el Estado siempre pierde, y eso es un mito, me parece.

En todo caso, no se ha pensado bien si esa pregunta es adecuada o no, porque si nosotros nos fijamos quién usualmente es el que va a iniciar un proceso de arbitraje, ¿el Estado o el proveedor? Y les pongo un ejemplo muy claro, ¿qué pasa si es que al Estado le incumplen un contrato? El Estado tiene la posibilidad de aplicar penalidades, se insiste en el incumplimiento, puede resolverse el contrato, si se resuelve el contrato puede ejecutar las garantías. Llevamos tres consecuencias ¿no es cierto?, le hemos resuelto el contrato, ejecutado la garantía, le hemos aplicado penalidades, como le hemos resuelto el contrato y se hubiera ejecutado casi todo, lo que hubiera sido ejecutado, la entidad no paga, porque como no hay conformidad no va a pagar, cuarta consecuencia, y quinta consecuencia, la yapa,

la cereza, puede iniciar un procedimiento administrativo sancionador por haberse resuelto el contrato ante el OSCE, para que eventualmente se aplique una inhabilitación. Todas estas consecuencias, sin intervención de árbitro alguno, el Estado tiene todas esas posibilidades, todas esas prerrogativas ¿Ustedes creen que necesitan un árbitro para que pueda ejercer todas estas facultades?, no, no lo necesita.

Son muy pocos los escenarios en los cuales las entidades plantean pedidos de arbitraje, es decir, en que las entidades demandan el arbitraje, cuando le resuelven un contrato sí, claro. Y otras circunstancias como, por ejemplo, los vicios ocultos que el proveedor no quiere cumplir con aquello que tiene que cumplir. Pero, son más los casos o son más numerosos los casos en los cuales el proveedor va a tener que iniciar o plantear una demanda arbitral. Y, obviamente, si es que es mayor el número de casos en los que el proveedor o contratista es el demandante, tiene una mayor probabilidad de que exista un resultado favorable en esos casos, porque también hay otra pauta que no se tiene en cuenta, que es que, si ustedes son proveedores, ¿ustedes demandarían al Estado por las puras?; ¿ustedes demandarían a su cliente por las puras? Es porque alguna razón seguramente debe haber o han llegado a una situación en la cual no tienen otra alternativa más que demandar, y asumiendo los costos del arbitraje y todo lo que eso comercialmente implica.

Entonces, por eso, cuando hay una demanda usualmente esa demanda ha sido pensada adecuadamente por el proveedor o contratista para ser iniciada, eso no quiere decir que tenga la razón, hay muchos casos en los cuales el contratista pierde los arbitrajes, pero, por el número de arbitrajes que se dan, sin duda hay un mayor número de probabilidades de que pueda ganar.

El problema es que ni siquiera se tiene una cifra exacta, el problema es que ni siquiera se ha analizado a conciencia qué significa ganar, porque en algunos casos también he visto que se dice que el Estado ha perdido cuando había una demanda de repente millonaria, por citar un ejemplo, que piden dos millones de dólares y que finalmente se lauda a favor de la parte demandante, que es el privado, pero en lugar de dar dos millones de dólares, simplemente, se dan S/ 10,000.00, y eso gracias de repente a la estrategia que ha tenido la defensa del Estado, que logra que una cuantía millonaria quede reducida a lo más mínimo ¿Podemos decir que eso es

que ha perdido el Estado?, dudo mucho que pueda decirse que eso es una derrota, a pesar de que parece que el laudo le es favorable a la contraparte. Me parece que, eventualmente, estamos en una situación en la cual se ha ejercido una buena defensa, inclusive, perdiendo en esos términos, el Estado habría ganado, no habría pagado los dos millones de dólares, sino un monto pequeño.

Entonces, la regulación en realidad no debería tomar estas premisas y debería orientarse a que la contratación sea eficiente y no generar incentivos perversos en el mundo del arbitraje, que tiene su propia dinámica y lógica. Yo entiendo que tiene que haber una regulación especial, sin duda, hay que establecer algunos parámetros especiales en el caso de la contratación con el Estado y que algunos me parecen positivos; pero, algunos me parece que están un poco demás. Positivo, por ejemplo, el tema de la publicidad, que la doctora Fabiola nos comentó anteriormente y que eso es muy, muy positivo para el ámbito arbitral, me parece que, cuanta más publicidad pueda haber acerca de cómo se deciden las controversias, mejor. Vamos a saber exactamente quiénes son los árbitros, cómo deciden, cuántas veces los designan, etcétera. Es información importante que deberíamos tener. Entonces, para no hablar de temas puntuales, para no coincidir con mis compañeros, les traía esas reflexiones.

Muchísimas gracias.

Jorge Abel Ruiz Bautista: Agradecemos la ponencia del doctor Alfredo. Voy a invitar ya al doctor Gustavo de Vinatea, quien nos va a acompañar desde la mesa. El doctor es docente, árbitro reconocido y ha sido director de esta casa de estudios. Les pido un caluroso aplauso para él.

Gustavo de Vinatea Bellatín: Ante todo, buenas noches. Agradezco la invitación generosa de esta casa de estudios, de la Universidad Católica San Pablo, a la que considero, efectivamente, mi casa. Tuve el honor de ser profesor y en algún momento también el honor de haber sido director de su Facultad de Derecho, y la considero mi propia casa.

Gracias también, al Círculo de Contrataciones con el Estado, en la persona de su presidente, doctor Jorge Abel Ruiz; y, claro, agradecer a nuestro amigo Mario Castillo Freyre, por la invitación y la posibilidad de compartir unos minutos, aunque sea, algunas reflexiones sobre temas del arbitraje, que tanto nos apasionan.

Antes de entrar a la materia que me han pedido compartir, que es el tema del control sobre el arbitraje, sí quería hacer un comentario sobre dos cosas que escuché a lo largo de este interesante seminario. Me alegro mucho del tema de la publicación de la doctora Villanueva, efectivamente, por un trabajo tan realmente encomiable que hace la *Biblioteca de Arbitraje* del doctor Castillo, porque vamos a ver en el tema que voy a exponer, que el tema de la docencia del arbitraje es fundamental.

Yo voy a hablar del control y vamos a ver que si el sujeto que me controla no entiende lo que yo hago, su control, lejos de servir a mi mejora, me desnaturaliza, y por eso es tan importante que el medio peruano se esfuerce por hacer docencia, por publicar, por escribir, porque, es más, el fenómeno arbitral en el Perú es único en el mundo, lo que ocurre en el Perú en arbitraje, no ocurre en otro Estado del mundo, somos el único país donde hay una cantidad de arbitrajes por habitante como hay en el Perú, y eso exige de nosotros que abramos trochas, que abramos pensamiento, que iluminemos el mundo arbitral más bien con reflexiones desde este país, por eso celebro mucho publicaciones como la de la doctora Ludovina Villanueva.

Un tema que me preocupó y que ella comentó, que no quería dejar de comentar, es este tema de la reticencia de algunas entidades para colaborar con los árbitros en decisiones cautelares, por ejemplo, registros públicos o entidades financieras. Yo tampoco tengo la experiencia, como sí la tiene el doctor Castillo, de reticencia en los años, ya bastantes que llevo arbitrando, más allá de observaciones subsanables. Nunca he tenido una negativa, por lo menos, en los lugares en donde he arbitrado.

Pero, si eso está ocurriendo en Arequipa, me preocupa, porque creo que estas entidades deberían colaborar, entender qué es el arbitraje y colaborar con él. Yo siempre he pensado —y suelto la idea para que algún estudiante la ponga en práctica, la analice— que hay una disposición complementaria en la Ley de Arbitraje, medio oculta, que nadie la comenta mucho, pero que siempre me ha llamado mucho la atención, que es la cuarta disposición complementaria. Ahí revísela cuando llegue a sus estudios, pero que dice algo como que, entiéndase que, para efectos de lo que es resolver el caso, desde que esta Ley de Arbitraje esté vigente, donde se lea «juez», entiéndase también «árbitro» o «tribunal arbitral».

Yo siempre me he preguntado y he creído firmemente que ésa es una norma muy particular de nuestra Ley de Arbitraje, y que tiene una potencialidad muy grande, que yo creo que no se le ha explotado, no se le ha profundizado, y que junto con la jurisprudencia ordinaria deberíamos ir perfilando, porque pienso que ante un banco que no acata una orden de una medida cautelar arbitral, yo no le estoy pidiendo al banco que embargue dinero del banco, ante lo cual ellos podrían decir: «Yo soy un tercero», yo le estoy pidiendo que embargue dinero de la parte sometida a mi competencia arbitral, ése es el dinero que yo estoy pidiendo que embargue, y ahí el banco sólo tiene que colaborar con el árbitro, y habría que explorar la posibilidad de que un árbitro pueda multar a un funcionario público, porque si yo entiendo que donde dice «juez», dice «árbitro», y yo estoy en la resolución, en la toma de una decisión al interior de un arbitraje, y el funcionario o funcionaria privados, en el caso de los bancos, no acata mi mandato, habrá que explorar si esa *coertio* entre comillas, puede ser implementada, porque eso es lo que dice la ley.

Jurisprudencialmente, como digo, habrá que perfilar la norma; pero, creo que tiene gran potencialidad, y sí me preocupa que en el medio arequipeño esa actitud se tome como un estándar y, más bien, tengamos que ir a pedirle a los jueces, con los años que eso nos va a tomar, que ejecuten una medida cautelar tan simple, como retener el dinero de una cuenta de alguien que está sometido a mi competencia arbitral.

Entonces, sí me ha preocupado el comentario, creo que hay que hacer algo ahí al respecto y me alegra también que haya vocales de la Corte Suprema que han expuesto y que creo que esto lo están entendiendo muy bien.

Bien, el tema del control es un tema complejo, yo voy a tratar de ser muy breve en la exposición y no abusar de su paciencia, que creo que ya todos estamos en la hora excedidos, pero el tema del control, creo que es un tema complicado.

Si a mí me dicen ¿es bueno o es malo el control?, ¿te gusta que te controlen?, yo creo que, siendo honestos, a nadie le gusta que lo controlen. Acá somos muchos alumnos a los que cuando nos dicen que hay control hoy día, no nos gusta que otro sujeto evalúe lo que somos, lo que hacemos, lo que escribimos, lo que pensamos, lo que hemos decidido, porque no es agradable, porque otro sujeto que piensa distinto va a tener el poder de

decir, de calificar, lo que nosotros hemos hecho. Pero, independientemente de que esto no es naturalmente agradable, yo particularmente creo que no hay posibilidades de calidad sin control y, en un escenario en el que nadie nos controla, creo que deberíamos ser capaces de ejercer un control propio, es decir, ser muy duros con nuestro quehacer y ejercer ese control, porque sí creo que la calidad exige control.

E, indiscutiblemente, hay control sobre el arbitraje. Claro, si digo hay dos requisitos que este control debe tener, por un lado, debe haber conocimiento del objeto que controlo, es decir, el control exige que quien controla entienda cuál es la naturaleza del arbitraje, porque si no, lo que voy a hacer, es llevarlo a algo que no es, desnaturalizarlo, y eso es lo que está ocurriendo todos los días en las cortes. Si un juez no entiende lo que es el arbitraje, a través de su control lo va a ir haciendo un proceso judicial chiquito, minusválido, lo va a judicializar, y eso es un problema. Y, el otro requisito, es el de la no interferencia, control sí, ya interferencia en los temas de fondo, no debe haber.

Un gran reto que exige, pues, el control del arbitraje, es entender que el arbitraje es algo distinto al Poder Judicial. Me alegra mucho, por ejemplo, escuchar al doctor Wong, que esté viniendo a estos congresos, porque yo resalto que un vocal supremo venga a estos congresos, porque se invita a muchos, pero no todos vienen. Él viene desde Lima y escucha, y es abierto a las ideas, y ha aprendido mucho de arbitraje, y me sorprende que tiene ideas más radicales que yo mismo. Hoy día ha dicho algo que me ha sorprendido, ha dicho, incluso cuando un árbitro aplica normas derogadas, ese laudo no es susceptible de anulación. ¡Wow!, ya me llevó a mí, se fue más allá, se fue más allá.

Pero, me parece interesantísimo, porque creo que él tiene claro que el arbitraje es algo distinto al poder judicial, y eso es fundamental para yo poder controlar al arbitraje, desde el Poder Judicial. Entonces, somos diferentes.

Y esa diferencia es lo que ha hecho que el Estado desde el año 1997 en el Perú, decidiera que sus controversias en materia de Contratación Pública fueran a arbitraje. No es que el Estado dijó «Venga esta institución, esta joya tan bonita venga acá, y yo le voy a poner a mi corona», dijo: «Yo me despojo del *ius imperium*, yo contrato y voy a ir, voy a someterme a lo que diga un ciudadano de a pie, llamado árbitro, y yo Estado, todopoderoso,

me voy a someter indiscutiblemente a una decisión inapelable, a lo que diga él». Para mucha gente eso es una blasfemia jurídica, desde la teoría del Estado, ¿cómo es posible que el Estado se despoje de todo esto y se someta a la decisión de un privado?, porque eso es el arbitraje, la decisión de un privado.

Pero, el Estado ha decidido eso, así lo ha querido. ¿Es una decisión irreversible?, no, basta con otra ley y se modifica esto y se acabó, el Estado vuelve al Poder Judicial, pero en este momento el Estado ha dicho: «No, yo creo que en el círculo de la contratación pública tan compleja donde tenemos, desde el presupuesto público, todo lo del SNIP, ahora el «Invierte.pe», todo este sistema, hasta que la obra se inaugura y cambia la calidad de vida de una persona, todo ese círculo de la contratación pública, no es justo que tenga una solución de controversias que dure 10 años; entonces, vamos a ponerle un mecanismo, porque los pobres no pueden esperar, porque el Estado atiende a los más necesitados. Perfecto, vamos a poner al arbitraje, pero yo tengo que acercarme al arbitraje».

Entonces, el Estado se ha acercado al arbitraje, y ahí hay que tener cuidado, porque es cierto, la presencia del Estado en el arbitraje lo ha remecido, y creo que muchas cosas del arbitraje pueden adaptarse al Estado; pero, las cosas que no lo desnaturalizan, las cosas que no son esenciales. Por ejemplo, ¿qué puede hacer el arbitraje cuando el Estado está presente? El tema de la confidencialidad. La confidencialidad no es un elemento esencial en el arbitraje, tanto así que la ley permite que las partes privadas —ningún Estado— pacten en contrario, y un arbitraje entre dos privados, puede ser televisado absolutamente las veinticuatro horas, todo el arbitraje, las audiencias, porque lo pueden pactar las partes.

Quiero decir, no es algo esencial; y, por lo tanto, yo estoy convencido de que, en el arbitraje con el Estado, la regla sí debe ser la transparencia, la transparencia total, no sólo de los laudos. Entonces, es el Estado el que tiene que adaptarse al arbitraje, y no el arbitraje al Estado.

A veces escucho: «No, es que el Estado es muy lento, tú sabes cómo funciona, tú has trabajando en el Estado, para que un papel te lo lleven del área usuaria a la procuraduría, pueden pasar meses; entonces, el arbitraje tiene que durar un montón», no, ahí sí yo creo que es el Estado el que tiene que adaptarse. Si ahora, por ejemplo, en el arbitraje el árbitro sí te lee, en el Poder Judicial tal vez no, tú tienes que ir a una audiencia preparado

o el escrito que preparas, que presentas, tiene que estar muy bien hecho, porque acá sí te van a leer. Entonces, no es que yo vaya a bajar el estándar al arbitraje, para que el Estado se sienta cómodo, al contrario, subámosle el estándar al Estado, reestructuremos a las procuradurías para que respondan a los nuevos retos del arbitraje, que son rápidos, hay que ir preparados a las audiencias, en las audiencias los árbitros te preguntan porque se han preparado y han leído el expediente. Entonces, es el Estado el que tiene que [...], porque así lo quiso, lo terrible sería que desnaturalizamos el arbitraje, lo convertímos en un proceso judicial, y ahí sí, cuando todo sea igual, no tendremos a qué recurrir, porque todo será lo mismo, y sobre eso quería reflexionar unos minutos.

¿Quiénes deben controlar?, ¿quiénes deben ejercer este control sobre los laudos y sobre el arbitraje? Hay diversas fuentes de control, están, por ejemplo, en algunos lugares, las instituciones arbitrales que realizan un control de calidad sobre los laudos. Es interesante, en el Perú eso no lo tenemos, se ha intentado implementar alguna vez, se ha discutido, pero no lo tenemos implementado, es decir, si yo árbitro en la Cámara de Comercio de Lima, la Cámara de Comercio de Lima antes de notificar el laudo del árbitro, hace un control de calidad, y mira a ver que el laudo no esté diciendo algo que deje mal a la institución arbitral. Se ha discutido mucho, porque, claro, se dice ¿hasta dónde la institución arbitral puede hacer ese control, sin meterse en los temas de fondo, sin cambiar el sentido del laudo? Entonces, es algo delicado, no es pacífica la propuesta, pero es interesante.

Hay comités de ética, que también en el Perú tenemos en la Ley de Contrataciones. Tenemos un comité que no se ha implementado, pero existe un comité de ética que podría eventualmente sancionar a los árbitros. Se ha criticado que ese comité esté designado por ministros; entonces, en materia de Contrataciones con el Estado, que tres o cuatro ministros pongan al miembro de ese comité de ética, podría generar un conflicto, porque justamente las materias que estoy resolviendo pueden ser con ese ministerio. Entonces, sí ha habido críticas en este comité de ética que tenemos en la norma, aunque no esté implementado.

Luego, los laudos y el arbitraje pueden ser, pues, controlados por instituciones académicas, en grados. A veces en grados que asisto, los chicos escogen arbitrajes y critican y dicen «¿Cómo es posible?, yo no lo hubiera

hecho así, lo habría hecho “asá”. Entonces, el mundo académico es una gran fuente de control; la ciudadanía en general; el OSCE; la Contraloría General de la República ha dicho que también en materias «de tanto», quiere entrar al mundo del arbitraje para revisar, en fin, todas estas son fuentes hipotéticas, porque no las tenemos todavía implementadas.

Lo que sí tenemos implementado y a lo que me quiero referir en los últimos minutos de mi exposición, a los controles que sí realizan las partes, que creo que es el control más directo que tenemos los árbitros. Son las partes los principales críticos de nuestra labor, además asesoradas por grandes abogados que controlan y verifican y están permanentemente controlando nuestro trabajo. Está el Poder Judicial y está el Tribunal Constitucional, a través del proceso de amparo. Entonces, éstos son un poco los que ejercen el control.

Me quiero referir, rápidamente, al Poder Judicial y al control que ejerce el Poder Judicial sobre los laudos. Yo hice una pequeña investigación de laudos emitidos, publicados por la Corte Comercial de Lima en el año 2017. Un primer dato interesante es que, entre el año 2009 y el año 2018, es decir, en ese lapso de 9 años, se presentaron en la Corte de Lima, cerca de mil recursos de anulación; de esos 1000 recursos de anulación contra laudos, se declararon fundados unos 180, que es un 18%, ese es un promedio; en el 2019, el porcentaje era sólo de 10%, es decir, uno de cada 10, en cambio, en el 2017, se anuló 1.8 de cada diez laudos llevados a anulación, es decir, casi se duplicó en ese periodo de tiempo, el número, la tasa de anulación, de laudos llevados al Poder Judicial.

Otra información interesante que tomé de esas veintiún sentencias de la corte que anulaban laudos, es que de estos veintiún casos, quince eran de Contrataciones con el Estado, lo cual, da la tasa que más o menos ya conocemos por los estudios pocos, pero que existen, de qué porcentaje hay de procesos arbitrales en Contrataciones con el Estado, y la tasa de 70% a 75% está presente ahí, es decir, un 71% de casos, de veintiún, quince en contrataciones con el Estado, es decir, el fuerte del arbitraje en el Perú, es contrataciones con el Estado.

Ahora, entrando a analizar, de esos quince laudos en contrataciones con el Estado —sí me preocupó este dato— once, es decir, el 73% de esos laudos en contrataciones con el Estado anulados, son por defectos de

motivación, la causal de anulación en 73% de los casos, fue por defectos en la motivación.

Siempre preocupa esto. ¿Por qué? Porque la causal utilizada por la corte, es una causal que no existe en la Ley de Arbitraje, y no sólo no existe como causal de anulación, sino que existe como lo he escuchado varias veces hoy día: norma expresa que prohíbe a los jueces evaluar las motivaciones, las valoraciones del tribunal y de los árbitros.

Entonces, ¿cómo vas a anular un laudo por defectos de motivación, sin entrar a calificar los motivos, las valoraciones, que han realizado los árbitros? Y esa causal que no tiene una expresión en la ley, sí es la más utilizada y, lo peor es que está *in crescendo*.

En torno a la anulación por defectos de motivación, yo soy honesto en decir que hay dos posiciones. Hay quienes están a favor y dicen que no, que es una garantía del debido proceso; y, por lo tanto, el arbitraje como jurisdicción tampoco está exento del cumplimiento de las garantías del debido proceso y, por ende, a los árbitros hay que exigirnos el mismo estándar de motivación, en consecuencia, se tienen que anular esos laudos.

Claro, en esta posición hay matices, y a veces cuando uno lee estas sentencias que han anulado laudos, sí, en muchas de ellas, en verdad, los jueces tienen razón, y tienen razón porque a veces sí hay motivaciones muy defectuosas, con errores muy evidentes, de razonamiento, de silogismos básicos que no se cumplen, de razón interna, y eso sí preocupa.

Y está también la posición en contra, quienes dicen que no debe haber control por defectos de motivación, porque las partes pueden pactar la renuncia de la motivación en el arbitraje, porque, finalmente —y eso lo escuché hoy día y me gustó mucho—, la esencia del arbitraje ¿cuál es?, la confianza. Un elemento esencial del arbitraje, es que las partes pueden elegir al árbitro idóneo, al juzgador idóneo, y eso ¿qué implica? ¿Cuál es el idóneo?, en el que confían las partes. La confianza es la base del arbitraje. Y, si la confianza es la base del arbitraje, en verdad, la motivación pasa a un segundo plano, a diferencia del Poder Judicial, donde la garantía del juez natural lo que me dice es que yo no puedo elegir al juez; si lo pudiera elegir, si pudiera incidir en su elección, sería nulo el proceso, porque la garantía es el juez natural, el que te toca.

En ese mundo de garantías, ¿no es cierto?, en el que yo no conozco al juez, si la forma de conocer al juez es a través de sus motivos; pero, en

el mundo del arbitraje, donde la base es la confianza, los motivos pasan a un segundo plano, porque lo que me interesa es su decisión; y, por eso, se puede renunciar a la motivación en el arbitraje.

Entonces, los que sostienen esta posición, dicen: «No, los jueces no deberían entrar, y por eso no está en la ley; además, no deberían entrar a revisar defectos de motivación, porque es entrar a juzgar las valoraciones, la aplicación del derecho, la valoración de la prueba, y eso no se puede, está prohibido».

Yo, particularmente, tengo una posición personal que comparto, con el fin de que ustedes tengan la propia; pero, yo creo que sí, en el Perú, ya podríamos ir sacándole punta al lápiz y hacer una legislación más fina, en donde este tema de la motivación dependerá de si las partes han designado el árbitro, es decir, yo empezaría a hacer una división en los arbitrajes donde las partes han designado al árbitro único o al presidente, es decir, han tenido la posibilidad de ponerse de acuerdo en un árbitro, porque creo que si eso ocurrió, el estándar de motivación es distinto; sin embargo, en un arbitraje donde la motivación ha sido residual, por ejemplo, donde las partes no nos pusimos de acuerdo y es la institución arbitral la que lo designa, creo que el estándar arbitral puede ser distinto y podría exigírselle un mayor deber de motivación. Podemos ir por ahí, ¿para qué? Para que el sistema se fortalezca; pero, como digo, es una posición personal que habrá que verla madurar, para ver si esto aterriza en la realidad.

Decía que, de los quince laudos anulados, once fueron por defectos de motivación. ¿A qué se refieren los otros cuatro laudos anulados que no fueron defectos de motivación? Hay uno por no revelación, es decir, no cumplir con el deber de revelación del árbitro, se anuló un laudo, interesante; hay otro porque fue materia no arbitrable y que fue materia de laudo; por una integración extemporánea, es decir, por un laudo extemporáneo; y, la que más me preocupa, fue por afectación al derecho de defensa, y éste fue el expediente n.º 348 del 2016, que lo voy a comentar un poquito más adelante.

¿Qué reflexiones me dejó este análisis que he compartido ahora con ustedes? En general, leyendo las sentencias, hay que ser justos con la corte, tenemos en Lima por lo menos una corte, creo que madura, que entiende de arbitraje, y son sentencias equilibradas, estas anulaciones, incluso por defectos de motivación, son anulaciones donde realmente la motivación

era insostenible, y creo que están bien anulados los laudos, independientemente de la posición que tengamos.

Pero, sí hay algunas alarmas, hay algunas alarmas que nos deben llamar la atención. Primero, que se ha incrementado el número y la intensidad del control, es decir, el número de anulaciones ha subido y han entrado a haber cada vez más temas de fondo en la motivación, y eso debe preocupar por el tema de la llamada jurisdicción arbitral. Yo soy, mis alumnos me conocen, saben mi posición, yo estoy convencido de que el arbitraje no es jurisdicción, siempre pensé que la Constitución se equivocó, el tribunal se ha equivocado, y seré un solitario batallador de esa posición, pero la sostendré y, bueno, conmigo está, pues, el voto singular de la sentencia n.º 6167, el voto singular de González Ojeda, del vocal González Ojeda que, en ese sentido coincidimos, de que el arbitraje no es jurisdicción. Pero, bueno, para la Ley peruana y para el Tribunal Constitucional en el Perú, el arbitraje es jurisdicción, lo otro es simplemente mi opinión.

Pero, lo que sí me llama la atención, es que siendo jurisdicción, la intensidad del control judicial crezca, yo pensé que iba a pasar lo contrario, porque cuando la Ley de Arbitraje se da, una de las preocupaciones que se tenían era, claro, la tutela jurisdiccional efectiva es irrenunciable, muy bien, entonces, ¿cómo hacemos para que el arbitraje de alguna forma sea tocado por la tutela jurisdiccional? En algún lugar lo tiene que tocar, porque el arbitraje no es jurisdicción, al no ser jurisdicción, sólo voy a agotar mi tutela jurisdiccional efectiva, si el Poder Judicial toca el arbitraje en algún punto, para yo decir que he agotado mi derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Y, se diseña el recurso de anulación, como ese mecanismo por el cual el justiciable agota su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Sin embargo, se sentencia, en la sentencia ésta que he comentado, de que el arbitraje es jurisdicción, y es tan jurisdicción como la otra, entonces, desde ese punto de vista, si es tan jurisdicción como la ordinaria, en verdad, ya este punto de contacto no se requeriría. ¿Por qué? Porque sí es jurisdicción.

Sin embargo, a partir de esta definición de que es jurisdicción, al contrario, desde el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, se ha incrementado el control, en intensidad y en frecuencia, a través de las anulaciones. Entonces, eso es algo que preocupa.

Otra alarma, es que se están aplicando estándares al arbitraje, que no corresponden. Por ejemplo, les comentaba, esta sentencia del caso n.º 348-2016 —sería interesante que la puedan bajar, está ahí en la página web del Poder Judicial—, es muy interesante, porque anula el laudo porque no ha observado las garantías del debido proceso, porque no se ha observado el principio de preclusión.

Me preocupa mucho, porque yo soy un convencido de que, en el arbitraje, no existe el principio de preclusión, el arbitraje es el mundo de las partes. Si las partes, a la mitad de su arbitraje, deciden presentar más pretensiones, se ponen de acuerdo y lo hacen; y, si el árbitro no está de acuerdo, se ponen de acuerdo y lo cambian, porque es el mundo de las partes, y si las partes quieren «Oye, no me gustó el plazo, vamos a dar un nuevo plazo de sesenta días», y se ponen de acuerdo y lo hacen, lo hacen.

Y eso es algo que a veces no entienden los procesalistas, porque para el procesalismo clásico, el principio de preclusión es fundamental en el proceso moderno, es decir, yo voy cerrando compuertas y, ya una vez cerrada una compuerta, no puedo revisar lo decidido en la compuerta anterior; entonces, yo declaro saneado el proceso, se cerró, ya no puedo discutir excepciones, cuestiones de forma; yo cierro la etapa probatoria, se cerró, ya no puedo discutir temas de prueba. En el arbitraje no es así, y no sólo por la flexibilidad que tiene el tribunal, sino fundamentalmente porque las partes son las dueñas del arbitraje, y en esa materia no existe, pues, la preclusión.

Entonces, preocupa que la Corte anule un laudo porque el tribunal no observó el principio de preclusión y decidió reabrir una etapa probatoria cuando ya la había cerrado. Entonces, ese tipo de estándares sí preocupan, porque la formalidad no es la misma en el Poder Judicial, donde se garantiza un derecho de defensa, al caso del arbitraje, en donde más bien, las partes son las que disponen de las formas del procedimiento.

Otro estándar que preocupa es el tema de la motivación. Cuando ustedes ven porqué se anulan estos 11 casos de laudos arbitrales, se cita el estándar de la sentencia del Tribunal Constitucional del caso Llamoja, que es este caso penal que recordamos, donde el Tribunal Constitucional establece cuál es el parámetro, cuáles son los vicios de motivación de una sentencia judicial, y esos estándares que ha fijado el Tribunal Constitucional en el caso Llamoja, para la motivación de las sentencias judiciales, se aplica sin ningún control de Aduanas al arbitraje.

Entonces, se exige el mismo estándar de motivación del proceso judicial al arbitraje, y en los once casos se cita la sentencia vinculante del caso Llamoja. Entonces, es otra alarma que preocupa, es no entender el objeto que controlo, es creer que, porque no lo conozco, es igual que lo que yo hago. Eso es un vicio que tenemos los seres humanos, todo lo que yo no conozco asumo que es lo que yo hago, o lo juzgo desde mi punto de vista; entonces, si yo no conozco de arbitraje y se parece al arbitraje, lo juzgo desde lo que yo conozco, que es el proceso judicial, y eso, lejos de ayudar al arbitraje, creo que a veces lo confunde o lo desnaturaliza.

Hay también un Pleno Jurisdiccional que preocupó, del 2016, porque establece que procede ir en recurso de anulación por defectos de motivación, sin reclamo previo, que es otra cosa que también preocupa porque quiere decir que, entonces, yo no tengo que ni siquiera denunciarlo al interior del arbitraje, vía aclaración, de frente puedo ir a anulación.

Entonces, se va bajando el estándar o se van aplicando estándares que no corresponden y se va intensificando el control en frecuencia y profundidad.

Otra sentencia que también me llamó la atención, es ésta: 106-2016, que los invito a leerla porque cuando uno la lee, termina creyendo que lo que han dicho los vocales de la Sala Comercial, los jueces superiores, es que en verdad los árbitros partimos de la premisa cada vez que laudamos, de que somos arbitrarios, y que yo tengo que demostrar frente a la judicatura que no he sido arbitrario.

Me llamó mucho la atención, 106-2016, lánala, anulan por defectos de motivación, pero me llaman la atención los argumentos, y uno concluye que, en verdad, para los jueces, todos los árbitros somos arbitrarios, arbitrarios en el mal sentido de la palabra, es decir, que no usamos un razonamiento, que no hay una motivación correcta; y, por lo tanto, cuando laudamos, tenemos la carga, esta carga de probar en contrario de que somos arbitrarios. Entonces, de verdad que me llamó la atención, y por eso lo comparto con ustedes.

Yo también estaba preparado para hablarles sobre el control constitucional; pero, creo que eso es algo ya más conocido, dejo las diapositivas.

Y voy a terminar aquí agradeciendo nuevamente y felicitando por este tipo de eventos, que lo que hacen es difundir el conocimiento del arbitraje en un medio tan importante como es esta bella ciudad; pero, además, para

que le hagan bien al Estado y a todos aquellos que recurran a él, no como un sustituto del Poder Judicial, sino como un perfecto complemento que sirve a la sociedad.

Muchas gracias.

Jorge Abel Ruiz Bautista: Bien, ya para concluir el panel, vamos a invitar al doctor Mario Castillo Freyre, quien es actual Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo, para quien pido un caluroso aplauso.

Mario Castillo Freyre: Queridos amigos, yo en realidad había preparado una exposición para conversar con ustedes, porque el tema del bloque es «Panorama actual del arbitraje».

Entonces, el panorama siempre plantea, digamos, luces y sombras; entonces, yo iba a hablar de lo bueno y de lo malo, pero como no hay tiempo, voy a escoger uno de las dos, voy a hablar de lo malo. Miren, yo creo que, si hay tiempo, voy a hablar de lo bueno; pero, no creo que haya tiempo.

Yo creo que hay algo muy malo, voy a hacer la continuación de la exposición de Gustavo, y les voy a explicar por qué. La mayoría de ustedes son muy jóvenes y no saben la historia. Cuando yo empecé a arbitrar a fines del año 2001, el porcentaje de anulaciones de laudo de la Corte Superior de Justicia de Lima, era del 1%; en los últimos años, evento tras evento, la gente se escandalizaba, decían 7%, 8%, 9%, 10%, hace un año era 16%, hoy es 18%.

La Corte Superior de Justicia de Lima, está poniendo la partida de defunción al arbitraje, ¿por qué?, porque no quieren decir —cómo debería decirse— que se han convertido en segunda instancia, de facto se han convertido en una segunda instancia, porque al revisar el fondo, contraviniendo expresamente lo señalado por el Tribunal Constitucional en un montón de sentencias y contraviniendo expresamente un montón de artículos de la Ley de Arbitraje, simplemente, están convirtiéndose en segunda instancia.

Entonces, en el Perú siempre nos escandalizamos cuando, en materia de arbitraje, se dice: «en dos instancias», ¡no dos instancias!, sí, en el Perú hay dos instancias. Una instancia es el tribunal arbitral y la segunda instancia, ya que se ha autoproclamado con el derecho de resolver temas de motivación, la segunda instancia, es la corte superior, las cortes superiores.

Entonces, ¿cuál es el tema?, si tienes 18% de anulaciones de laudos hoy, eso significa que estamos casi casi a que se anula uno de cada cinco

laudos. Eso es un escándalo, y yo estoy seguro de que no es por los laudos, es por la Corte Superior, y es que acá ya hay un montón de cosas que convierten el tema en perverso.

Eso de los diversos estándares de análisis, yo creo que no debería ocurrir, y se lo he dicho al doctor Wong con todo cariño y todo respeto, porque no puede haber dos laudos, uno nulo y uno válido. El válido es el laudo entre particulares en donde, digamos, puede haber habido un error de motivación, y el nulo es el laudo del Estado, porque no es cuestión de que sea plata de todos los peruanos. Si el tema es que es plata de todos los peruanos, seamos sinceros, modifiquemos la ley de una vez por todas, el Estado debería sincerarse, modifiquen la Ley de Contrataciones con el Estado y vuelvan al Poder Judicial ya de una vez, va a ocurrir algún día, pero de una vez; y, si no ocurre, es tal vez porque ya no se necesita, porque el propio Estado a través de uno de sus órganos, que es el Poder Judicial, está haciendo de brazo de ayuda del propio Estado; porque el Estado, que supuestamente litiga en igualdad de condiciones en un arbitraje, no litiga en igualdad de condiciones en una anulación, porque en una anulación debe considerarse específicamente un estándar distinto de anulación cuando está de por medio del Estado como parte demandante de anulación.

¡Caramba! Entonces, esa es, simplemente, la razón por la cual, y acuérdense lo que les voy a decir, 22 de septiembre de 2018, Ése es el germen de destrucción del arbitraje en el Perú, no tengo ninguna duda, no ocurrirá mañana, nos podremos seguir ilusionando con estos congresos, nos podremos seguir ilusionando invitando extranjeros para decirles que en el Perú se arbitra mucho; pero, mientras tengamos una Corte Superior con la voracidad que existe actualmente, no tengamos ninguna duda de que el Estado tiene una ayuda con el propio Poder Judicial. Ésa es la verdad de la milanesa, esa es la pura verdad en materia de anulaciones, se han convertido en segunda instancia, sin deber ser segunda instancia, analizando materias que están prohibidas, específicamente prohibidas por la ley.

Entonces, yo que creo que el medio arbitral, si es que todavía está a tiempo, debería de iniciar una cruzada del sector privado y los árbitros y los abogados entendidos en esta materia, contra esto. Pongo a disposición la *Biblioteca de Arbitraje* y todos los números que sean necesarios, precisamente, para que el tema se ponga de manifiesto. ¿En qué sentido? Que no puede ser posible que se siga analizando la motivación en el Poder Judicial,

eso por estadística, va a determinar la destrucción del arbitraje, como lo acabo de señalar hace un momento.

Entonces, si eso no lo ponemos de relieve, si no continuamos la exposición de Gustavo y decimos esto que estoy diciendo ahora, entonces, nos estamos engañando a nosotros mismos, esto va a morir, o es que el arbitraje de frente va el Poder Judicial, mejor, mejor, ahí tiene varias instancias, si el Estado pierde o gana, si el particular pierde o gana, tiene varias instancias, y luego tendrás el amparo, y luego seguirás, mejor.

Eso me parece a mí fundamental de sincerar en el Perú, y creo también en otra cosa, y es una reflexión de fondo, y con esto acabo para beneficio del auditorio, y es que el medio arbitral debe fomentar el progreso del arbitraje comercial particular. ¿Por qué? Porque la economía particular, la economía entre particulares, lo que hoy se llama «privado» —cuando yo era chico no existía esa palabra, «los privados», creo que el término correcto es «los particulares»—, el arbitraje, en los convenios arbitrales entre particulares. ¿Por qué? Porque los contratos que se celebran en una sociedad entre particulares, son muchísimo más de 155,000, que son los del Estado; y, entonces, usted se imagina, si en todos los contratos entre particulares hubiera convenio arbitral, ¿saben que pasaría?, no tendríamos que depender del Estado, porque al final todos estamos dependiendo del Estado, de lo que el Estado va a decir en una modificación a la ley, todo el mundo se muere de miedo. «¡Uy!, ¿ahora qué van a decir? Mañana terminan las facultades», el Estado, estamos en las manos del Estado, «¡Uy!, ¿cuántas serán las anulaciones?», la Corte, el Estado. «¡Uy!, ¿ahora qué pasará?, ¿qué dirá el Estado?».

Entonces, hay que invertir el porcentaje. Si hoy es 30 entre particulares y setenta en el Estado, pues pongámonos como meta, difundir el arbitraje en la sociedad privada, en el medio privado, a efectos de que sea setenta entre particulares y treinta en el Estado, y ahí podremos decir, y permítanme la licencia, cuando eso ocurra, que nos importará poco lo que diga el Estado, porque qué bonito país, el arbitraje, que es el medio de solución de controversias por el cual se quiere evitar al Poder Judicial, y se quiere evitar la participación del Estado en la decisión de esa controversia, termina siendo maniatado, termina siendo dirigido y termina siendo encaminado a su destrucción por el propio Estado, a través de distintas vías que lo conducirán inexorablemente a ese camino.

Creo yo, que hacer esta reflexión con la mayor sinceridad en el corazón, es lo que pienso hace mucho tiempo, no lo había dicho con estas palabras, sino recién hoy; pero, la verdad, ya estoy harto, ya estoy harto. O sea, uno arbitra justamente para no estar en estas cosas, bueno pues, ya el país ya no tiene remedio, creo que el país no tiene remedio, y como el arbitraje es parte del país, creo que tampoco va a tener remedio. Espero poder equivocarme, ojalá ustedes ayuden a que se salve.

Muchísimas gracias.

Jorge Abel Ruiz Bautista: Bien, agradezco la excelente ponencia del doctor Mario Castillo y del panel.

Mis palabras únicamente ya de clausura y de cierre de esta fiesta académica, que nos convocó en la ciudad de Arequipa, es seguir asumiendo un compromiso de difusión en beneficio del arbitraje, en beneficio de la contratación con el Estado y del derecho administrativo.

Reitero mi agradecimiento a cada uno de los expositores que han hecho un esfuerzo en venir desde Lima; al doctor Mario Castillo Freyre, quien apostó por el seminario; a los profesores; al doctor Fernando, al grupo de estudios de la San Pablo, que estoy seguro vamos a seguir, Dios mediante y con la licencia de la universidad, haciendo un congreso cuya sede pueda ser Arequipa.

Entonces, estoy seguro de que hay mucho futuro, doctor Mario Castillo, porque hay jóvenes y, cuando hay jóvenes, hay esperanza, hay esperanza de cambio, hay esperanza de que podemos hacer las cosas mejor, y hoy día estamos aquí, es un sábado por la noche, hay muchos que estamos ahí divirtiéndonos, seguramente ya nos tocará con los ponentes, pero estamos aquí haciendo patria, estamos aquí educándonos y el conocimiento es poder y, mientras tengamos ese interés en aprender, más vamos a tener esa licencia y la capacidad de no dejarnos manipular por autoridades, que a veces quieren hacer las cosas infringiendo derechos fundamentales. Yo le diría al doctor Mario Castillo, que el cambio ya ha empezado y el cambio ha empezado aquí, porque todos estamos hoy presentes.

Muchas gracias.

Presentador: En nombre de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo y del Círculo de Arbitraje con el Estado, les damos las gracias por haber asistido a este evento y tengan todos ustedes muy buenas noches.

I SEMINARIO DE ARBITRAJE Y
CONTRATACIONES CON EL ESTADO (2018)
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
SEPTIEMBRE DEL 2020, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ

